Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Konzern und Kartell

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

HANS MAURER
von Zürich und Aeugst am Albis

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau

1954

Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Konzern und Kartell

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

HANS MAURER
von Zürich und Aeugst am Albis

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 28. November 1953

Der Dekan:
Prof. Dr. W. Bickel

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Die vorliegende Dissertation erscheint gleichzeitig als
Heft Nr. 195 der «Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft»

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507227_0071

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 8

Abkürzungsverzeichnis 18

§ 1. Einleitung 21

1. Kapitel

Die Unternehmenzusammenfassungen

1. Abschnitt

Allgemeines

§ 2. Unternehmen und juristische Person 28

§ 3. Die Wesensmerkmale der Unternehmenzusammenfassungen 31

2. Abschnitt

Die Arten der Unternehmenzusammenfassungen

§ 4. Das Wesen des Kartells 33

§ 5. Das Wesen des Konzerns 37

§ 6. Der Trust 40

2. Kapitel

Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person

1. Abschnitt

Die Rechtspersönlichkeit

§ 7. Das Recht der Persönlichkeit der juristischen Person 42

§ 8. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person 45

A. Die Auffassung von der Beschränkbarkeit der Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person 45

B. Wesen und Umfang der Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person 48

2. Abschnitt

Der Schutz der Persönlichkeit der juristischen Person

§ 9. Die Normen des Persönlichkeitsschutzes im Zivilgesetzbuch 51

§ 10. Das Persönlichkeitsrecht im allgemeinen 54

§ 11. Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person 56

§ 12. Die Grenzen des Persönlichkeitsrechtes 60

§ 13. Die Schranken der Vertragsfreiheit 63

A. Die Sittlichkeit im allgemeinen 63

B. Persönlichkeitsrecht und öffentliche Ordnung 66

3. Kapitel

Der Persönlichkeitsschutz der abhängigen juristischen Person

1. Abschnitt

Die konzernmäßige Abhängigkeit im allgemeinen

§ 14. Das Wesen der Abhängigkeit 68
§ 15. Die Arten der Abhängigkeit. 73
§ 16. Abhängigkeit und Aktienrecht 77

2. Abschnitt

Die Abhängigkeit bei den verschiedenen Konzernformen

§ 17. Die Abhängigkeit auf Grund von Interessengemeinschaftsverträgen . . 81
A. Begriff und Rechtsverhältnisse der Interessengemeinschaft 81
B. Die Abhängigkeit bei der Interessengemeinschaft 86
§ 18. Die Abhängigkeit auf Grund von Verträgen über die Bewirtschaftung von Unternehmungen 89
A. Begriffliches zu den einzelnen Vertragstypen 89
B. Die Abhängigkeit bei den Verträgen über die Bewirtschaftung von Unternehmungen 97

3. Abschnitt

Das Persönlichkeitsrecht als Grenze der konzernmäßigen Abhängigkeit

§ 19. Allgemeines 98
§ 20. Der Persönlichkeitsschutz bei Interessengemeinschaftsverträgen 102
A. Die Interessengemeinschaft Schultheiß-Patzenhofer/Ostwerke/Kahlbaum 103
B. Die Siemens/Rheinelbe/Schuckert-Union (S.R.S.U.) 112
C. Die Interessengemeinschaft AEG/UEG. 116
§ 21. Der Persönlichkeitsschutz bei Verträgen über die Bewirtschaftung von Unternehmungen 119
Der Petroleum-Fall 119

4. Kapitel

Das Persönlichkeitsrecht als Schranke des Kartellzwanges gegenüber juristischen Personen

1. Abschnitt

Das Persönlichkeitsrecht als Schranke des Kartellzwanges

§ 22. Der Kartellzwang im allgemeinen 126
§ 23. Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Kartellbindung 129
§ 24. Grundsätzliches zum Boykott 138

2. Abschnitt

Der Persönlichkeitsschutz beim Kartellzwang gegenüber juristischen Personen

§ 25. Die Gleichstellung der juristischen und der natürlichen Person 143

Anhang

Die Texte der behandelten Konzernverträge

I. a) Vertrag der Interessengemeinschaft Schultheiß-Patzenhofer/Ostwerke/Kahlbaum 146

b) Der Gesellschaftsvertrag der «Interessengemeinschaft Ostwerke/Schultheiß-Patzenhofer/Kahlbaum-GmbH.» 152

II. Vertrag der Siemens/Rheinelbe/Schuckert-Union 153

III. Interessengemeinschaftsvertrag AEG/UEG 156

IV. Poolvertrag Deutsch-Amerikanische Petroleum Gesellschaft/Deutsche Petroleumverkaufsgesellschaft 158

Literaturverzeichnis*

BAUER

Fritz BAUER, Die rechtliche Struktur der Truste. In den wirtschaftsrechtlichen Abhandlungen, herausgegeben von Karl Geiler, Heft 4. Mannheim/Berlin/Leipzig 1927 (Bensheimer).

BECKER

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Begründet von Max Gmür, herausgegeben von Hermann Becker.

VI. Band: Obligationenrecht 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183). Erläutert von Hermann BECKER. Bern 1941 2. A. (Stämpfli).

VI. Band: Obligationenrecht 2. Abteilung: Einzelne Vertragsverhältnisse (Art. 184–551). Erläutert von Hermann BECKER. Bern 1934 (Stämpfli).

BEYELER

Walter BEYELER, Der Korporationszweck. Begriff, Bedeutung, Änderung. Diss Basel 1942 (Maschinenschrift).

BIERI

Hildegard BIERI, Die Aktiengesellschaft, die Genossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrer Eignung für Kartelle. Diss Bern 1941.

BILGE

Necib BILGE, La capacité civile des personnes morales en droit civil suisse. Diss Genf 1941.

BÖHME

Hermann BÖHME, Knebelungsverträge nach der Praxis des Reichsgerichtes. Diss Leipzig 1931/32.

BOLLA

Plinio BOLLA, La responsabilità del promotore del boicottaggio verso il boicottato nel diritto civile svizzero. Referat für den Schweizerischen Juristentag 1927 in Lugano. ZSR Bd. 46 (1927) S. 219a ff.

BRUNNER

Hanspeter BRUNNER, Zwangskartelle. Rechtsverhältnisse von Zwangskartellen in der Schweiz und in Deutschland. Diss Zürich 1937.

BÜRGI

Wolfhart Friedrich BÜRGI, Wesen und Entwicklung der Persönlichkeitsrechte nach schweizerischen Privatrecht. ZSR Bd. 66 (1947) S. 1 ff.

BURCKHARDT, Organisation

Walther BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Untersuchung über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts. Zürich 1944 2. A. (Polygr. Verlag).

BURCKHARDT, Einführung

Walther BURCKHARDT, Einführung in die Rechtswissenschaft. Zürich 1948 2. A. (Polygr. Verlag).

* Das Verzeichnis enthält nur die abgekürzt zitierte Literatur; weitere Literatur findet sich im Text.

Burkart
Erich Burkart, Die Verpachtung von Unternehmungen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung. Diss Heidelberg 1936/37.

Callmann
Rudolf Callmann, Das deutsche Kartellrecht. Kommentar. Berlin 1934 (Philo).

Capitaine
Georges Capitaine, Le statut des sociétés holdings en Suisse. Referat für den Schweizerischen Juristentag 1943. ZSR Bd. 62 (1943) S. 1a ff.

Deschenaux
Henri Deschenaux, Licéité et limites du boycott (à propos de la jurisprudence récente du Tribunal Fédéral). ZSR Bd. 70 (1951) S. 127 ff.

Egger, Rev. Genossenschaftsrecht
August Egger, Revision des Genossenschaftsrechts. Gutachten für den Schweizerischen Juristentag 1922. ZSR Bd. 41 (1922) S. 107a ff.

Egger, Rev. Handelsrecht
August Egger, Zur Revision des schweizerischen «Handelsrechts». In der Festgabe der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum Schweizerischen Juristentag 1928 in Zürich. Zürich 1928 (Schultheß). S. 173 ff.

Egger, Komm.
Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Herausgegeben von August Egger / Arnold Escher / Robert Haab / Hugo Oser. I. Band: Einleitung und Personenrecht. Kommentiert von August Egger. Zürich 1930 2. A. (Schultheß).

Egger, AG im revOR
August Egger, Die Aktiengesellschaft nach dem revidierten Schweizerischen Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936. SJZ Bd. 34 (1937) S. 1 ff.

Eggmann
Emil Eggmann, Der Staat und die Kartelle. Bd. 35 der Zürcher Volkswirtschaftlichen Forschungen, herausgegeben von Manuel Saitzew. Zürich 1945 (Girsberger).

Enquete-Bericht
Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft (Enquête-Ausschuß): Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur (I. Unterausschuß). 3. Arbeitsgruppe: Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen:
1. Teil: Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmungen und Konzerne (mit Gutachten von Flechtheim, Hachenburg, Buchwald, Geiler und Haußmann). Berlin 1928 (E. S. Mittler).
2. Teil: Entwicklungslinien der industriellen und gewerblichen Kartellierung. Berlin 1928–30 (E. S. Mittler).
3. Teil: Wandlungen in der aktienrechtlichen Gestaltung der Einzelunternehmen und Konzerne (Generalbericht). Berlin 1930 (E. S. Mittler).
4. Teil: Kartellpolitik (Generalbericht). Berlin 1930 (E. S. Mittler).

Feine
Hans Erich Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Bei Ehrenberg, III. Band 3. Abt. Leipzig 1929 (Reisland).

Feldmann
Markus Feldmann, Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit. Basel 1931 (Helbing & Lichtenhahn).

Filippini
Sergio Filippini, Il diritto della personalità e la concorrenza sleale. Diss Bern 1946.

Fischer
Rudolf Fischer, Die Aktiengesellschaft. Bei Ehrenberg, III. Band 1. Abt. Leipzig 1916 (Reisland).

Flechtheim
Julius Flechtheim, Die rechtliche Organisation der Kartelle. Mannheim/Berlin/Leipzig 1923 (Bensheimer).

Frankenberg
Philipp Frankenberg, Die konzernmäßige Abhängigkeit rechtsvergleichend dargestellt unter Berücksichtigung des neuesten schweizerischen und deutschen Aktienrechtes sowie des englischen Rechts. Diss Zürich 1937.

Friedländer, Interessengemeinschaft
Heinrich Friedländer, Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzernbildung unter besonderer Berücksichtigung der bilanztechnischen und steuerrechtlichen Fragen. Berlin/Wien 1921 (Spaeth & Linde).

Friedländer, Gemeinschaftsorgane
Heinrich Friedländer, Die rechtliche Stellung der Gemeinschaftsorgane in der Interessengemeinschaft. BA Bd. 22 (1922/23) S. 285 ff.

Friedländer, Rechtsformen
Heinrich Friedländer Rechtsformen der Konzernbildung (Pacht- und Betriebsführungsverträge). JW Bd. 52 (1923) S. 210 ff.

Friedländer, Kartellaufsichtsgesetz
Heinrich Friedländer, Das Kartellaufsichtsgesetz (Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. Nov. 1923). Berlin/Wien 1924 (Spaeth & Linde).

Friedländer, Vertragsrecht und Satzungsrecht
Heinrich Friedländer, Vertragsrecht und Satzungsrecht bei Interessengemeinschaften. BA Bd. 25 (1925/26) S. 406 ff.

Friedländer, Systematik
Heinrich Friedländer, Beiträge zur Systematik des Konzern- und Kartellrechts. KR Bd. 24 (1926) S. 154 ff.

Friedländer, Konzernrecht
Heinrich Friedländer, Konzernrecht. Das Recht der Betriebs- und Unternehmens-Zusammenfassungen. Mannheim/Berlin/Leipzig 1927 (Bensheimer).

Friedländer, Aktienrecht
Heinrich Friedländer, Aktienrecht. Stuttgart 1932 (Heß).

FRIEDLÄNDER, Kartellrecht
Heinrich FRIEDLÄNDER, Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa. Zürich 1938 (Polygr. Verlag).

FROWEIN
Abraham FROWEIN, Knebelungsverträge bei juristischen Personen. Diss Bonn 1927.

GEILER, Interessengemeinschaft
Karl GEILER, Die Interessengemeinschaft. Bei Düringer/Hachenburg, IV. Band (1917) N. 403 ff S. 332 ff.

GEILER
Karl GEILER, Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts. Mannheim/Berlin/Leipzig 1922 2. A. (Bensheimer).

GIERKE, GenTh.
Otto GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887 (Weidmann).

GIERKE, DPrR I
Otto GIERKE, Deutsches Privatrecht, I. Band. Leipzig 1895 (Duncker & Humblot).

GILOI
Carl GILOI. Die Interessengemeinschaft als Konzentrationsform der Wirtschaft. Diss oek Frankfurt 1929/30.

VON GRAFFENRIED
René VON GRAFFENRIED, Wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zweck im privaten Körperschaftsrecht. Diss Bern 1948.

GUISAN
François GUISAN, La Protection de la Personnalité et le Boycott Commercial. In der Festgabe zum siebzigsten Geburtstage von Carl Wieland: Beiträge zum Handelsrecht. S. 149 ff. Basel 1934 (Helbing & Lichtenhahn).

GYSIN
Arnold GYSIN, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts. ZSR Bd. 49 (1930) S. 364 ff.

HAFF, Institutionen
Karl HAFF, Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts. Zürich 1918 (Orell Füßli).

HAFF, Juristische Personen
Karl HAFF, Die juristischen Personen des bürgerlichen und des Handelsrechts in ihrer Umbildung. In Reichsgerichtspraxis, Bd. 2 S. 178 ff.

HAFTER, Juristische Person
Ernst HAFTER, Zur Lehre von den juristischen Personen. ZSR Bd. 25 (1906) S. 61 ff.

HAFTER, Komm.
Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Herausgegeben von Max Gmür. I. Band: (Einleitung, bearbeitet von Max Gmür und) Personenrecht, bearbeitet von Ernst HAFTER, S. 105 ff. Bern 1919 (Stämpfli).

HAFTER, Strafrecht
Ernst HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Bern 1946 2. A. (Stämpfli).

HAMBURGER, Organgesellschaft
Georg HAMBURGER, Die Organgesellschaft. In der Gedächtnisschrift für Emil Seckel, S. 261 ff. Berlin 1927 (Springer).

HAMBURGER, Konzernrecht
Georg M. HAMBURGER, Konzernrecht. Artikel bei Schlegelberger, Bd. 5 (1933) S. 220 ff.

HAUSSMANN, Tochtergesellschaft
Fritz HAUSSMANN, Die Tochtergesellschaft, eine rechtliche Studie zur modernen Konzernbildung und zum Effektenkapitalismus. Berlin 1923 (Otto Liebmann).

HAUSSMANN, Grundlegung
Fritz HAUSSMANN, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen. Mannheim / Berlin / Leipzig 1926 (Bensheimer).

HAUSSMANN, IG-S.P.O.K.
Fritz HAUSSMANN, Die Interessengemeinschaft Schultheiß-Ostwerke-Kahlbaum. In der Festschrift für Ernst Heinitz, S. 200 ff. Berlin 1926 (Reimar Hobbing).

HAUSSMANN, Aktienwesen
Fritz HAUSSMANN, Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht. Mannheim/Berlin/Leipzig 1928 (Bensheimer).

HAUSSMANN, Unternehmenszusammenfassungen
Fritz HAUSSMANN, Unternehmenszusammenfassungen. Artikel in Stier-Solmo/Elster, Bd. 6 (1929) S. 250 ff.

HAUSSMANN, Praxis
Fritz HAUSSMANN, Das Recht der Unternehmenzusammenfassungen. System und Praxis des Konzern- und Kartellrechts und der sonstigen Unternehmenverbindungen. II. Teil: Die Praxis des Rechts der Unternehmenzusammenfassungen. München/Berlin/Leipzig 1932 (J. Schweitzer).

HAUSSMANN, Wirtschaftslenkung
Fritz HAUSSMANN, Konzerne und Kartelle im Zeichen der «Wirtschaftslenkung». Zürich/Leipzig 1938 (Recht und Gesellschaft).

HAUSSMANN, Konzentration
Fritz HAUSSMANN, Die wirtschaftliche Konzentration an ihrer Schicksalswende. Grundlagen und Aufgaben einer künftigen Kartell- und Trustgestaltung. Basel 1940 (Recht und Gesellschaft).

HAUSSMANN/HOLLAENDER
FRITZ HAUSSMANN / Adolf HOLLAENDER, Die Kartellverordnung. Erläuterungen zur Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. Nov. 1923. München/Berlin/Leipzig 1925 (Schweitzer).

HELLER
Ernst HELLER, Der privatrechtliche Schutz der Freiheit. Diss Jena 1917.

Hochstrasser
Fritz Hochstrasser, Die Verletzung persönlicher Güter durch Vertragsverletzung. Diss Zürich 1926.

Hocke
Heinrich Hocke, Organgesellschaft. Diss Heidelberg 1934.

Hollaender
Adolf Hollaender, Die obligatorischen Beherrschungsverträge im Konzernrecht, insbesondere die Unternehmenspacht. KR Bd. 29 (1931) S. 756ff, Bd. 30 (1932) S. 19ff.

Huber Eugen, SPrR I/IV
Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes.
Bd. 1: Basel 1886 (Dettloffs Buchhandlung)
Bd. 4: Basel 1893 (R. Reich).

Huber Eugen, Erl
Eugen Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Erstes Heft: Einleitung, Personen- und Familienrecht. Bern 1901.

Huber Eugen, Neues Recht
Eugen Huber, Zehn Vorträge über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts. Bern 1911 (als Manuskript vervielfältigt bei K. J. Wyß).

Hug
Walther Hug, Rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne. SJZ Bd. 37 (1940/41) S. 321ff, 344ff.

Isay
Rudolf Isay, Das Recht am Unternehmen. Berlin 1910 (Franz Vahlen).

Isay/Tschierschky
Rudolf Isay / Samuel Tschierschky, Kartellverordnung. (Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen). Mannheim/Berlin/Leipzig 1925 (Bensheimer).

Joss
Robert Willy Joss, Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht. Diss Zürich 1935.

Känzig
Ernst Känzig, Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Absatz 1 des Schweizerischen Obligationenrechtes unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Diss Bern 1939.

Kahn
R. Kahn, Über Konzerne. StuW 1923 S. 982ff, 1094ff.

Kestner/Lehnich
Fritz Kestner / Oswald Lehnich, Der Organisationszwang. Eine Untersuchung über die Kämpfe zwischen Kartellen und Außenseitern. Berlin 1927 2. A. (Heymann).

Kleinschmitd
Walther Kleinschmidt, Die Siemens-Rheinelbe-Schuckert-Union-GmbH, ein Beispiel heutiger Konzentrationsbewegung. Diss phil Berlin 1928.

KLINGLER
Louis KLINGLER, Die Unternehmenspacht. Diss Zürich 1943.

KOHLI
Kurt KOHLI, Aktiengesellschaft und Unternehmen. Diss Bern 1936.

KOST
Fritz KOST, Vertragsrecht und Satzungsrecht bei der Interessengemeinschaft. Diss Heidelberg 1934.

KRONSTEIN
Heinrich KRONSTEIN, Die abhängige juristische Person. München/Berlin/Leipzig 1931 (J. Schweitzer).

KÜNZLER
Fritz KÜNZLER, Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB. Diss Zürich 1951.

LANGEN
Eugen LANGEN, Probleme der Interessengemeinschaft. Mannheim/Berlin/Leipzig 1929 (Bensheimer).

LIEFMANN, Interessengemeinschaft
Robert LIEFMANN, Interessengemeinschaften. Artikel im Hdwb. d. Staatsw. Bd. 4 (1923) S. 468 ff.

LIEFMANN, K. K. T.
Robert LIEFMANN, Die Unternehmungen und ihre Zusammenschlüsse, Bd. 2: Kartelle, Konzerne und Trusts. Stuttgart 1927 7. A. (Ernst Heinrich Moritz).

LÜTSCHG
Rolf LÜTSCHG, Fragen des internationalen Kartellrechts, insbesondere die Bindung der Kartellmitglieder. Diss Bern 1939.

MELLIGER
Alphons MELLIGER, Das Verhältnis des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten. Diss Bern 1929.

MERZ
Hans MERZ, Über die Schranken der Kartellbindung, Heft 302 der Abhandlungen zum schweiz. Recht, N. F., Bern 1953 (Stämpfli & Co).

MILLER
Oskar MILLER, Der Boykott nach schweizerischem Recht. Referat für den Schweizerischen Juristentag 1927 in Lugano. ZSR Bd. 46 (1927) S. 173 a ff.

MISLIN
Jean-Pierre MISLIN, Der zulässige Umfang der kartellrechtlichen Bindung. Diss Basel 1947 (Maschinenschrift).

MÜHLEMANN
Carl Robert MÜHLEMANN, Privatrecht und Graphologie. Diss Zürich 1945.

MUMMY
Wolf MUMMY, Die Pacht von Unternehmungen als Form der Konzernbildung. Diss Göttingen 1931.

NAEGELI I/II
Eduard NAEGELI, Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderer Unternehmerzusammenschlüsse nach deut-

schem und schweizerischem Recht. Bd. 1: Diss Zürich 1936, Bd. 2: Zürich 1941 (Scientia).

NETTER

Oskar NETTER, Konzern-Recht. ZBH Bd. 2 (1927) S. 11ff, 61ff, 104ff, 138ff.

OFTINGER

Karl OFTINGER, Die Vertragsfreiheit. In Freiheit des Bürgers, S. 315ff.

OPPIKOFER

Hans OPPIKOFER, Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung. Tübingen 1927 (J. C. B. Mohr).

OSER/SCHÖNENBERGER

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Band: Obligationenrecht, 1. Teil: Allgemeiner Teil (Art. 1–183). Kommentiert von Hugo OSER und Wilhelm SCHÖNENBERGER. Zürich 1929 2. A. (Schultheß).

PASSOW, Betrieb

Richard PASSOW, Betrieb, Unternehmen, Konzern. Heft 11 der Beiträge zur Lehre von den Unternehmungen, herausgeg. von Richard Passow. Jena 1925 (Gustav Fischer).

PASSOW, Kartelle

Richard PASSOW, Kartelle. Heft 13 der Beiträge zur Lehre von den Unternehmungen, herausg. von Richard Passow. Jena 1925 (Gustav Fischer).

RASCH, Konzernrecht

Harold RASCH, Deutsches Konzernrecht. Berlin 1944 (Carl Heymann).

RASCH, Kartellrecht

Harald RASCH, Grundfragen des Kartell- und Monopolrechts. SdJZ Bd. 5 (1950) S. 385ff.

ROSENDORFF, Konzernrecht

Richard ROSENDORFF, Die rechtliche Organisation der Konzerne. Berlin/Wien 1927 (Spaeth & Linde).

ROSENDORFF, Aktienrecht

Richard ROSENDORFF, Das neue deutsche Aktienrecht unter besonderer Berücksichtigung seiner Auswirkungen auf die Praxis des Aktienwesens. Berlin/Wien 1932 2. A. des Werkes: Was müssen die Aktionäre und Verwaltungen vom neuen Aktienrecht wissen? (Spaeth & Linde).

RUNDSTEIN

Simon RUNDSTEIN, Das Recht der Kartelle. Heft 4 der Berliner Juristischen Beiträge, herausg. von J. Kohler. Berlin 1904 (R. von Decker).

SAITZEW

Manuel SAITZEW, Horizontal und Vertikal im Wandel der letzten Jahrzehnte. Begriffliches, Tatsächliches, Problematisches. Heft 19 der Kieler Vorträge, herausg. von Bernh. Harms. Jena 1927 (Gustav Fischer).

SCHAFFNER

Jakob SCHAFFNER, Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der Generalversammlungen. Diss Bern 1940.

SCHNEEBELI

Max H. SCHNEEBELI, Die Einmanngesellschaft (One Man Company). Diss Zürich 1934.

Schön
Werner Schön, Konzerngesellschaft und abhängige Gesellschaft. Diss Erlangen 1936.

Schönfeld
Walther Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts. In Reichsgerichtspraxis Bd. 2 S. 191 ff.

Schütze
Hans Schütze, Die Tochtergesellschaft. Diss Erlangen 1933.

Siegwart
Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen (Art. 620–659). Kommentiert von Alfred Siegwart. Zürich 1945 (Schultheß).

Simonius, Droits de la personnalité
August Simonius, Les droits de la personnalité. ZSR Bd. 66 (1947) S. 21 ff.

Simonius, Persönlichkeitsrechte
August Simonius, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten. In Freiheit des Bürgers, S. 281 ff.

Simonius, Freiheitsrecht
August Simonius, Ein verkanntes Freiheitsrecht, in der Festgabe zum 70. Geburtstag von Erwin Ruck, herausgeg. von der Jur. Fakultät der Universität Basel. Basel 1952 (Helbing und Lichtenhahn).

Specker
Karl Specker, Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht. Diss Zürich 1911.

Starke
Hellmuth Starke, Einwirkungen Dritter auf das gesellschaftliche Leben einer Handelsgesellschaft mit besonderer Berücksichtigung des Betriebsüberlassungsvertrages. Diss Halle-Wittenberg 1933.

Statthalter
Jost Statthalter, Interessengemeinschaften. Essen a. d. Ruhr 1922 (Baedecker).

Staub/Pinner
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Nachtrag zur 12. und 13. Aufl.: Vorschriften der Verordnung über Aktienrecht. Verfaßt unter Mitarbeit von Walter Schmidt und Heinz Pinner von Albert Pinner. Berlin/Leipzig 1932 (de Gruyter).

Von Steiger
Werner von Steiger, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz. Referat für den Schweizerischen Juristentag 1943. ZSR Bd. 62 (1943) S. 195 a ff.

Thommen
Heinrich Thommen, Kontroversen aus dem Gebiete der Unternehmenspacht (im Rahmen des schweizerischen Rechts). Diss Basel 1932 (Maschinenschrift).

Tobler
Ernst Tobler, Die Haftungsverhältnisse in verbundenen Unternehmen. Diss Bern 1948.

Trumpler
Hans Trumpler, Die Bilanz der Aktiengesellschaft nach deutschem Aktien- und Steuerrecht unter Hinweisen auf das Recht der Vereinigten Staaten, Englands und der Schweiz. Basel 1950 (Recht und Gesellschaft).

Von Tuhr/Siegwart
Andreas von Tuhr/Alfred Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1. Zürich 1942 2. A. (Polygr. Verlag).

Tuor
Peter Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Zürich 1948 5. A. des Buches: Das neue Recht (Polygr. Verlag).

Ullrich
Erich Ullrich, Konzerne und ihre außerordentliche Kündigung. Diss Frankfurt 1939.

Vogt
Werner Vogt, Die Widerrechtlichkeit im sozialen Wirtschaftskampfe. Diss Zürich 1923.

Waldkirch
Beatrice von Waldkirch, Die Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft nach Schweizerischem Recht. Diss Bern 1953.

Weisbart
Weisbart, Aktiengesellschaft und Konzern, Beteiligungen und sonstige Zusammenschlüsse. Bei Ring/Schachian, S. 419ff.

Weiss
Gottfried Weiss, Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs. SJZ Bd. 39 (1942/43) S. 513ff.

Wieland I/II
Karl Wieland, Handelsrecht. Bd. 1: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften. München/Leipzig 1921 (Duncker & Humblot). Bd. 2: Die Kapitalgesellschaften. München/Leipzig 1931 (Duncker & Humblot).

Wiget
Felix Wiget, Der zivilrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung. Ein Beitrag zur Lehre vom unsittlichen Vertrag. Diss Zürich 1939.

Zitelmann
Ernst Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Im Archiv für die Civilistische Praxis (Tübingen), Bd. 99 (1906) S. 1ff.

Züge
Kurt Züge, Gewinnquotenbemessung und Gemeinschaftsgewinn bei Interessengemeinschaften. Berlin/Wien 1925 (Spaeth & Linde).

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
BA	Bank-Archiv. Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen. Berlin/Leipzig.
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung.
dAGes	Deutsches Aktiengesetz vom 30. Januar 1937.
DJZ	Deutsche Juristenzeitung. Berlin.
Düringer/Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch. Herausgegeben von Düringer und Hachenburg. III. Band 1. Teil bearbeitet von Fritz Bing, Julius Flechtheim und Max Hachenburg. Mannheim/Berlin/Leipzig 1934 3. A. (Deutsches Druck- und Verlagshaus). IV. Band bearbeitet von Julius Flechtheim und Karl Geiler. Mannheim/Berlin/Leipzig 1917 (Bensheimer).
Ehrenberg	Handbuch des gesamten Handelsrechts mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschiffahrtsrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts. Herausgegeben von Victor Ehrenberg. Leipzig (O. R. Reisland).
ERG	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
Exp. Kom.	Protokoll der Verhandlungen der Expertenkommission für das Schweizerische Zivilgesetzbuch. 1900.
Freiheit des Bürgers	Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht. Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung. Herausgegeben von den Juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten. Zürich 1948 (Polygr. Verlag).
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hdwb. d. Staatsw.	Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Herausgegeben von Ludwig Elster/Adolf Weber/Friedrich Wieser. Jena (Gustav Fischer).
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich.
JW	Juristische Wochenschrift. Leipzig.
KR	Kartell-Rundschau. Monatsschrift für Recht und Wirtschaft im Kartell- und Konzernwesen. Berlin.
NZZ	Neue Zürcher Zeitung. Zürich.
OR	Bundesgesetz über das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936.
Praxis	Die Praxis des Bundesgerichts. Monatliche Berichte über die Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts. Basel (Helbing & Lichtenhahn).
Reichsgerichtspraxis	Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der Juristischen Fakultäten zum fünfzigjährigen Bestehen des Reichsgerichts. Herausgegeben von Otto Schreiber. Berlin/Leipzig 1929 (de Gruyter).

Ring/Schachian	Die Praxis der Aktiengesellschaft. Herausgegeben von Viktor Ring und Herbert Schachian. Berlin/Leipzig 1929 (Börsen- und Finanzliteratur).
Schlegelberger	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Herausgegeben von Franz Schlegelberger. Berlin (Franz Vahlen).
SdJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung. Heidelberg.
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung. Zürich.
StenBull	Amtliches stenographisches Bulletin der Schweizerischen Bundesversammlung.
Stier-Solmo/Elster	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Fritz Stier-Solmo und Alexander Elster. Berlin/Leipzig (de Gruyter).
StuW	Steuer und Wirtschaft. Stuttgart.
Wb. d. Volksw.	Wörterbuch der Volkswirtschaft. Herausgegeben von Ludwig Elster. Jena (Gustav Fischer).
WTr	Der Wirtschaftstreuhänder. Zeitschrift für deutsches Prüfungs- und Treuhandwesen, vormals «Der Wirtschaftsprüfer». Leipzig.
WuR	Wirtschaft und Recht. Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluß des Sozial- und Arbeitsrechtes. Zürich.
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht. Berlin.
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. Bern.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Stuttgart.
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Basel.

§ 1. Einleitung

Die Wandlung in der Wirtschaft der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts ist vor allem durch drei Bewegungen in Erscheinung getreten, die dieser Zeitspanne mit ihrem ungeheuren Aufschwung eigentlich den Stempel aufdrücken. Es sind dies die Bildung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen, von Unternehmenzusammenschlüssen und die ständig zunehmende Verstaatlichung[1] der Privatwirtschaft[2]. Darin kommt offenbar eine gewisse Reaktion zum Ausdruck, die den Individualismus des vorigen Jahrhunderts eindämmen will. Dies hat auch den geistvollen Bekämpfer amerikanischer Trusts Thurman W. ARNOLD[3] zur Feststellung veranlaßt: "Of course. Laissez faire is just as utopian as Socialism. Capitalism will became 'socialistic' in a slow revolution."[4] Ob sich diese Hypothese gänzlich bewahrheiten wird, bleibe dahingestellt, jedenfalls zeigt sich in dieser Tendenz, die in den drei genannten Erscheinungen ihren Ausdruck findet, ein allmähliches Abrücken vom freien, auf sich selber gestellten Unternehmertum[5]. Das wird heute wohl kaum mehr ernsthaft bestritten werden wollen.

In diesem Zusammenhang wird nur von einer dieser Bewegungen die Rede sein, von der *wirtschaftlichen Konzentration*[6], die Ende des letzten Jahrhunderts einsetzte, und namentlich nach Abschluß des ersten Weltkrieges durch Fusionen und die Bildung von Kartellen, Konzer-

[1] Es kann sich dabei um kalte Sozialisierung oder auch um eigentliche Verstaatlichung handeln. Dort bedient sich der Staat privatrechtlicher Unternehmensformen oder er beteiligt sich an privaten Unternehmungen, hier benützt er die Form des öffentlich-rechtlichen Unternehmens.

[2] Walther HUG, Die Problematik des Wirtschaftsrechts (Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen, Reihe A Heft 15, St. Gallen 1939), spricht auch von einer Überflutung der Privatsrechtsordnung durch Vorschriften öffentlich-rechtlicher Natur (S. 10f); EGGER (AG im revOR, S. 1) spricht von einem Überhandnehmen des Staatsinterventionismus.

[3] Thurman W. ARNOLD, The Folklore of Capitalism (9. A. 1940 Yale University Press), S. 341f.

[4] In derselben Richtung, aber zu schroff John Maynard KEYNES, Das Ende des laissez-faire, München 1926 (Duncker & Humblot).

[5] Im gleichen Sinne HUG, S. 321; so auch EGGER, Rev. d. Gen. rechtes, S. 126a und H. P. TSCHUDI, Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, ZSR Bd. 67 (1948) S. 355ff, spez. S. 356.

[6] Über den Begriff und den Umfang der Konzentration vgl. etwa Fritz HAUSSMANN, Wirtschaftliche Konzentration.

nen und Trusts gewaltige Belebung erfuhr[7]. Es zeigte sich, daß diese Konzentrationsbewegung vielfach auf einer wirtschaftlichen Notwendigkeit beruhte und keineswegs etwa lediglich privatem Macht- und Gewinnstreben entsprang. Immerhin konnten und können aber derartige neue Entwicklungen leicht zu Mißständen führen, und da ist es Aufgabe der Rechtsordnung, diesen entgegenzuwirken, um einerseits den positiven Kräften vermehrt zur Geltung zu verhelfen und andererseits das wirtschaftliche Staatsprinzip aufrecht zu erhalten.

Es kann sich hier natürlich nur um die Erörterung eines Ausschnittes aus dem gesamten Recht der Unternehmenzusammenfassungen handeln. Und zwar sollen diejenigen Fragen zur Behandlung gelangen, die sich im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht der einem Kartell oder Konzern angegliederten juristischen Personen ergeben, d. h. wie weit sich etwa eine Gesellschaft durch einen Interessengemeinschaftsvertrag, einen Betriebsüberlassungsvertrag oder einen Kartellvertrag ihrer Selbständigkeit begeben dürfe und wo die Grenzen des erlaubten Boykotts gegenüber einer juristischen Person liegen. Anders ausgedrückt geht es also im wesentlichen darum, ob und inwieweit die Art. 27 und 28 ZGB für die juristische Person in bezug auf die Verhältnisse bei Konzern und Kartell zur Anwendung gelangen können.

Wenn hier von einem *Recht der Unternehmenzusammenfassungen* die Rede ist, so ist damit nicht eine selbständige Gesetzesmaterie gemeint, wie sie etwa das Aktienrecht darstellt; seine Bedeutung ist viel mehr darin zu erblicken, daß es die Lösungen der vielfältigen neuen Probleme, die den Unternehmenverbindungen wesentlich sind und die in die verschiedensten Rechtszweige hineingreifen, herausschält und im Sinne einer systematischen Darstellung zu etwas Neuem zusammenfügt. Dabei wäre es allerdings unrichtig, von einem System zu sprechen. Es gibt deren viele, die entsprechend der Mannigfaltigkeit der Probleme und der persönlichen Auffassungen der Autoren mehr oder weniger von einander abweichen. Immerhin ist festzustellen, daß sich die Bearbeiter dieses Gebietes in manchen wesentlichen Grundfragen einig sind.

Was die *Gesetzgebung* betrifft, so sollte man ob der gewaltigen Fülle

[7] Die Prophezeiung einer «Konzerndämmerung» hat sich trotz der Weltwirtschaftskrise von 1929 durchaus nicht bewahrheitet. Vgl. dazu etwa die Schrift von Richard Rosendorff, Konzerndämmerung? (Zürich 1932 Orell Füßli).

von Problemen, die sich schon seit Jahrzehnten zeigen, erstaunt sein, hier – wenigstens was die Konzerne betrifft – lediglich einige dürftige Ansätze feststellen zu müssen. Es haben aber die Kenner der Materie je und je betont, daß eine allfällige Überführung in ein Gesetz nur nach sorgfältigster Vorbereitung vorzunehmen sei. Das meint offenbar auch ROSENDORFF[8], wenn er sagt: «Vielleicht ist das Konzernwesen – ganz abgesehen davon, daß seine Entwicklung noch nicht abgeschlossen ist – fast zu groß und vielgestaltig, um es in die strengen Regeln der Gesetzgebung einzuordnen.» Was er hier von den Konzernproblemen sagt, mag bis zu einem gewissen Grade auch für die Kartelle Geltung haben.

Immerhin hat Deutschland in dieser Richtung Schritte unternommen. Neben der Behandlung steuerrechtlicher Fragen[9] sei namentlich der Hinweis auf die Konzerne in § 10 der – jetzt allerdings nicht mehr in Kraft stehenden – Kartellverordnung[10] erwähnt. Die Aktienrechtsnovelle vom 19. September 1931 brachte sodann erstmals die Begriffe der herrschenden, der abhängigen und der Konzerngesellschaft in das Gesetz[11]. Besonders zu nennen ist auch der § 15 des Aktiengesetzes vom 30. Januar 1937, auf den weiter hinten[12] kurz einzutreten sein wird. Eine gewisse Regelung haben die Konzerne auch in England im Companies Act[13] erfahren. Auch hier sind aber nur vereinzelt Kon-

[8] Richard ROSENDORFF, Was müssen die Aktionäre und Verwaltungen vom neuen Aktienrecht wissen? (Berlin/Wien 1932, Spaeth & Linde), S. 245. In der 2. A. des Buches (mit dem Titel: Das neue deutsche Aktienrecht, 1932) unterließ er es allerdings, diesen Gedanken wieder aufzunehmen, da inzwischen die deutsche Aktienrechtsnovelle in Kraft getreten war, die ja einige Bestimmungen über Konzerne enthielt. Die Richtigkeit seiner Bemerkung wird dadurch aber nicht aufgehoben, sondern besteht weiterhin.

[9] Für das Steuerrecht ist die Regelung naturgemäß allgemein bedeutend umfangreicher. Sie interessiert aber im Rahmen dieser Arbeit nicht.

[10] Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. Nov. 1923. Nach Abschluß des 2. Weltkrieges wurde sie durch die Besetzungsmächte aufgehoben und durch kartellfeindliche Erlasse ersetzt. Vgl. dazu RASCH, Kartellrecht, S. 386.

Zur heutigen Regelung vgl. Heinz ROWEDDER, Kartellrecht, Texte der jetzt in der Bundesrepublik und in Westberlin geltenden Bestimmungen einschließlich der Texte zum Kartellrecht der Montanunion, Heidelberg 1954 (Verlagsgesellschaft Recht & Wirtschaft mbH).

[11] HGB §§ 260 a, 261 a, 261 d.

[12] Hinten S. 72.

[13] Companies Act von 1948 Sect. 663–666 und 672–676.

zernrechtsbestimmungen zu finden. Etwas eingehender ordnet Liechtenstein die sogenannten Gesamtverbände und die Abteilungsverbandspersonen im Rahmen seines Gesellschaftsrechts[14]. Ein selbständiges Konzernrecht ist aber nicht zu finden, abgesehen eben von einzelnen Definitionen oder Bilanzierungsvorschriften.

Eine besondere Stellung nehmen die Vereinigten Staaten von Amerika ein, die in der Entwicklung und Durchbildung der Konzerne und Trusts dem europäischen Kontinent von jeher weit voraus waren. Nun sind aber offenbar gerade diese ungeheuren Kapital- und Unternehmenzusammenballungen, wie sie sich nur in Amerika bilden konnten, die Ursache für die Kartell- und Trustfeindlichkeit seiner Gesetzgeber, die den Schutz in einer umfassenden Gesetzgebung glaubten gefunden zu haben[15].

Dagegen sind für die Kartelle in beinahe allen europäischen Staaten gesetzliche Regelungen, meist öffentlich-rechtlicher Natur, getroffen worden[16].

Über den Wirklichkeitswert der Gesetzgebung für Konzerne und Kartelle sind die Meinungen geteilt, da überall dort, wo diese Materie gesetzlich geordnet wurde, die in diese Regelung gesetzten Erwartungen nicht durchwegs erfüllt worden sind[17]. Es wird das Wort von

[14] Art. 616 ff.

[15] Die amerikanische Gesetzgebung scheint eher etwas unglücklich zu sein. Immerhin zeigte es sich, daß die Bestimmungen gegen die Kartellierung eine gewisse Wirkung auszuüben vermochten. Diejenigen Bestimmungen hingegen, die sich gegen die Konzentration richten, blieben völlig wirkungslos, was seinen Grund aber weniger in der gesetzlichen Regelung als vielmehr in der Inkonsequenz bei der Auslegung hatte. Vgl. dazu etwa Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration S. 257 ff; Trumpler S. 316 ff; Fritz Engelmann, Der Kampf gegen die Monopole in den USA (Berlin und Tübingen 1951, de Gruyter und J. C. B. Mohr).

Eigenartigerweise ist auf dem Gebiet des Kartell- und Konzernrechts zwischen amerikanischem und etwa schweizerischem Recht ein reziprokes Verhältnis zum übrigen Recht insofern festzustellen, als in Amerika für diese Materien Statute Law gilt, in der Schweiz hingegen Case Law.

[16] Vgl. die Zusammenstellungen von Friedländer, Kartellrecht, S. 57 ff und Jak. Wilh. Reichert, Die Kartellgesetze der Welt (Berlin 1935, Carl Heymann).

[17] So ist z. B. die Legaldefinition der abhängigen Person des dAGes (und die fast gleichlautende Norm der Aktienrechtsnovelle von 1931) von den verschiedensten Seiten angegriffen worden. Es seien etwa genannt: Gustav Sintenis, Der Aktienrechtsentwurf, Bank-Archiv Bd. 29 (1929/30), S. 463; Max Homburger, Die Neugestaltung des Aktienrechts (Berlin 1931, Carl Heymann), S. 4; Staub/Pinner, § 226 N. 26, S. 18; Erich Brodmann, Sanierung unseres Aktienwesens (Berlin/Leipzig 1931, de Gruyter), S. 30.

Franz Klein in besonderem Maße für Konzern- und Kartellverhältnisse Gültigkeit haben[18]: «Die Gesetzgebung kann eben immer nur die Formen, nicht aber Geist und Kräfte regeln, die abwechselnd in sie eintreten und die Formen in juristische und wirtschaftliche Macht verwandeln: Daraus erklärt sich die sozusagen organische Unzulänglichkeit der Gesetzgebung in diesem Punkte.»

Für das *schweizerische Recht* ist im wesentlichen überhaupt jede Regelung der Verhältnisse der Unternehmenzusammenfassungen unterlassen worden[19]. Joss meint dazu[20]: «Zu unserem Bedauern müssen wir feststellen, daß der schweizerische Aktienrechtsentwurf von 1928 insofern rückständig ist, als er die Bildung und den Bestand der Konzerne vollkommen ignoriert.» Und im gleichen Zusammenhang spricht er sogar von einer «wirklichkeitsfremden Gestaltung»[21]. Die Meinung des Gesetzgebers war aber doch wohl die, es habe sich erwiesen, daß die geltende gesetzliche Ordnung zusammen mit der Rechtsprechung als durchaus genügend angesehen werden könne und offenbar den Schwierigkeiten auch dieser Materie gewachsen sei[22]. Man kann diese weise Selbstbeschränkung des Gesetzgebers mit einem Argument Hausmanns unterstützen, daß in gewissen im Wesen der Aktienge-

[18] Franz Klein, Die neuen Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft (Wien 1904, Manz), S. 44.

[19] Immerhin begann mit dem Aufleben der Tätigkeit der Krisen- und Kriegswirtschaft die Erwähnung von kartellmäßigen Zusammenschlüssen in der schweizerischen Gesetzgebung. So ist auch jetzt noch die Vfg 1 des EVD betr. die Kosten der Lebenshaltung und den Schutz der regulären Marktversorgung vom 2. Sept. 1939 in Geltung, die in Art. 2 lit.b eine Kartellkontrolle enthält. Vgl. dazu etwa Julius Georg Lautner, Preisüberwachung und Reaktivierung der Preisreglementierung, WuR Bd. 3 (1951) S. 182ff, insbes. S.215.

Eine Bestimmung über Gebietskartelle enthält das BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22.Dez. 1910 in Art. 10, der verlangt, daß Gebietskonventionen zwischen Elektrizitätswerken dem Bundesrat zur Genehmigung vorzulegen sind.

[20] Joss S.19; auch Naegeli I S.193 N.2.

[21] Joss, S.20.

[22] In diesem Sinne auch Fritz Haussmann, Konzerne und Kartelle im Zeichen der «Wirtschaftslenkung» (Zürich/Leipzig 1938, Recht und Gesellschaft), S. 221; ähnlich Egger, Rev. d. Handelsrechts, S.202f. A.M.Arnold Gysin, Ein Kartell – und Trustgesetz für die Schweiz (SA. aus der «Gewerkschaftlichen Rundschau», Bern 1936, Unionsdruckerei).

Über das Problem einer Kartellgesetzgebung vgl. ganz allgemein: Artur Wolffers, Grundfragen einer Schweizerischen Kartellgesetzgebung, SJZ Bd.48 (1952) S.69ff.

sellschaftsform begründeten ewigen Gegensätzen jede Reformbewegung ihre unübersteigbaren natürlichen Schranken finden wird[23]. Ganz deutlich spricht für die schweizerischen Verhältnisse von Steiger[24]: «Eine besondere Gesetzgebung über Holdinggesellschaften erscheint aber nicht nötig. Sie wäre auch nicht erwünscht, denn allen Spezialgesetzgebungen haftet das doppelte Merkmal einer bestimmten (oft nur vorübergehend gerechtfertigten) Tendenz und der Starrheit an.» Im gleichen Sinn sagt auch Capitaine[25]: «Une législation spéciale pour ou contre les sociétés holdings ne paraît pas opportune en Suisse. Ces sociétés sont régies par les prescriptions du droit des sociétés et par celles du droit commun. Les sociétaires et les créanciers trouvent une protection de leurs droits et une précision de leurs obligations suffisantes dans les dites prescriptions.»

Zudem liegt das eigentliche Problem für die Aufstellung eines Rechts der Unternehmenverbindungen nicht nur in der Vielgestaltigkeit seines Wesens, sondern auf ganz anderem Gebiet. Grundlage des Handelsrechts sind doch der Kaufmann[26] und die Gesellschaft, d.h. der Unternehmer. Für die Unternehmenzusammenschlüsse aber ist die Unternehmung der Ausgangspunkt[27]. Existiert nun kein Recht des Unternehmens, fehlt doch gerade für ein Recht der Unternehmenzusammenfassungen jegliches Fundament, so daß ein solches System in der Luft hangen müßte. Dasselbe meint denn auch Joss, wenn er schreibt[28]: «Das Aktienrecht ist das Recht der Aktiengesellschaft, gerade im Gegensatz etwa zum Konzernrecht, das von der Unternehmung ausgeht.»

Das *Schrifttum* ist den gigantischen Ausmaßen der Unternehmenzusammenfassungen durchaus entsprechend. Abgesehen von unzähligen volkswirtschaftlichen Arbeiten, hat die Rechtswissenschaft eine wahre Flut von Literatur hervorgebracht, die sich teils aus Gesamtbehandlungen des Rechts der Unternehmenzusammenfassun-

[23] Haussmann, Aktienwesen, S. 58.

[24] Von Steiger, S. 337a.

[25] Capitaine, S. 190a.

[26] Zu den Kaufleuten gehören natürlich auch die Urproduzenten und die Industriellen, die ja den Handelsstand heute an Bedeutung oft weit übertreffen.

[27] Näheres darüber S. 28ff.

[28] Joss, S. 78, obwohl er auf S. 19 bedauert, daß der Aktienrechtsentwurf Bildung und Bestand der Konzerne ignoriere. Diese beiden Materien lassen sich ja eben nicht organisch ineinanderfügen, wenn sie auch zahlreiche gemeinsame Beziehungspunkte aufweisen.

gen[29], teils aus Abhandlungen über Kartellrecht oder über Konzernrecht[30] und teils aus Monographien zusammensetzt[31]. Bemerkenswert ist dabei die eigentlich geringe Zahl kartellrechtlicher und namentlich konzernrechtlicher Schriften schweizerischer Autoren, um so mehr als den Konzernen und Kartellen in der Schweiz eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommt.

Das hier zu behandelnde Problem, die Frage nach den Grenzen der Abhängigkeit einer juristischen Person[32] in bezug auf ihr Persönlichkeitsrecht, ist zwar für die Konzerne von zahlreichen Autoren aufgeworfen und oft auch einer Behandlung unterzogen, aber doch meist mit lediglich allgemeinen Darlegungen abgetan worden. Eine eingehendere Erörterung haben die kartellrechtlichen Fragen, wie sie etwa der Kartellzwang mit sich bringt, namentlich die Grenzen der Kartellbindung und vor allem auch der Boykott erfahren. Über die Art und Weise aber, wie der Schutz der juristischen Person gesichert und sanktioniert werden soll, finden sich nur vereinzelt Äußerungen, vor allem eben darum, weil sich in der Praxis in den meisten Fällen das Problem nur für die natürlichen Personen stellt.

Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, auch Probleme zu behandeln, die in keinem direkten Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz der juristischen Person bei Konzern und Kartell stehen, auch wenn sie in deren Abhängigkeit oder Bindung ihren Ursprung haben sollten. So werden also etwa der Schutz von Aktionärminderheiten und Konzerngläubigern oder der Schutz des Publikums gegenüber Kartellen nicht zur Besprechung gelangen.

[29] Für eine einheitliche Behandlung der Unternehmenzusammenfassungen setzt sich vor allem HAUSSMANN, Grundlegung, S. 104ff, ein; auch NAEGELI I S. 33f.

[30] Getrennte Betrachtung fordert namentlich FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, S. 41.

[31] Es mangelt auch nicht an tendenziösen Schriften, die hier aber unberücksichtigt bleiben.

[32] HAUSSMANN, Grundlegung, S. 148, nennt sie eines der wichtigsten Probleme des Konzernrechts. Sie trete in der Öffentlichkeit nur darum nicht mehr in Erscheinung, weil regelmäßig alle Sorgfalt darauf verwendet werde, den ordentlichen Rechtsweg auszuschließen.

I. Kapitel

Die Unternehmenzusammenfassungen

1. Abschnitt

Allgemeines

§ 2. Unternehmen und juristische Person

Die Begriffe des Unternehmens und der juristischen Person sind im Recht der Unternehmenzusammenfassungen von besonderer Bedeutung. Für die folgenden Ausführungen und namentlich für den Abhängigkeitsbegriff ist es wesentlich, sie einer scharfen Trennung zu unterziehen[1]. Es sollen hier aber lediglich einige Merkmale herausgestellt werden, soweit sie zur Verdeutlichung des Problems erforderlich sind. Als juristische Personen kommen bei Kartell und Konzern in diesem Zusammenhang nur die Kapitalgesellschaften und die Genossenschaften in Frage. Und zwar wird es sich beim Konzern regelmäßig um Gesellschaften in der Form der Aktiengesellschaft handeln. Beim Kartell können sich die Probleme für die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Genossenschaft stellen. Im folgenden wird es sich im wesentlichen um eine Gegenüberstellung von Gesellschaft und Unternehmen handeln.

Die *Gesellschaft* ist Zweckverband. In diesem liegt einmal das Merkmal der körperschaftlichen Gliederung, die mehrere Personen zu einer neuen Einheit zusammenschließt. Deutlich sagt Egger[2]: «Nach der heutigen Betrachtungsweise besteht das juristische Wesen des Verbandes in der Einheitsbehandlung selbst und erschöpft sich in ihr.» Ein weiteres Merkmal ist die Zweckbestimmung. Der Zweck ist im allgemeinen ein wirtschaftlicher; er braucht es aber nicht notwendig zu sein. Hinzu kommt sodann, daß dieser Zweck mit gemeinsamen Mitteln und Kräften zu erreichen gesucht wird. Eine Eigenart besteht für

[1] Über die Notwendigkeit dieser Unterscheidung vgl. hinten S. 31 ff, 69 ff. Diese begriffliche Scheidung verlangen auch etwa Passow, Betrieb S. 92 ff; Joss, S. 26; Martin Schapira, Das Unternehmen und seine Kennzeichen (Diss Zürich 1935) S. 35 ff; Remigius Bärlocher, Die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft (Diss Bern 1941) S. 67.

[2] Egger, Komm. Vorbemerkung zum 2. Titel, S. 348 N. 11.

die AG in der Verselbständigung der Mitgliedschaft in der Aktie und darin, daß sie wesensmäßig einen Zug gegen die Stiftung hin aufweist[3].

Neben dieser rechtlichen Einheit steht nun die *Unternehmung*[4] als

[3] Darauf verweist auch Walter Rathenau, Von kommenden Dingen (Berlin 1918, S. Fischer), wo er auf S. 143 ausführt: «Die Entpersönlichung des Besitzes, die Objektivierung des Unternehmens, die Lösung des Eigentums führt einem Punkte entgegen, wo das Unternehmen sich in ein Gebilde nach Art der Stiftung ... verwandelt.»

[4] Vgl. dazu etwa Vittorio Angeloni, Imprese e Società, Corso di Diritto Commerciale, Vol. I, (Roma 1952, Scientia Italica), Albin Bühler, Die Vermögens-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht (Diss 1947 Zürich), S. 9ff; Burkart, S. 5ff; Gaston Cendrier, Le fonds de commerce (Paris 1934, 6. A. Dalloz); Hans Fehr, Der Eigentumsbegriff und das Unternehmen, ZSR Bd. 47 (1928) S. 1ff; Hans Fehr, Unternehmen, Artikel in Stier-Solmo/Elster Bd. 6 (1928) S. 247ff; Hans Fehr, Der Schutz des Unternehmens durch das Gesetz, ZBJV Bd. 71 (1935) S. 440ff; Francesco Ferrara, La teoria giuridica dell'azienda (Firenze 1945, «Il Castellaccio»); Friedländer, Konzernrecht, S. 45ff; Paul Gieseke, Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, in der Festschrift für Ernst Heymann Bd. 2 S. 112ff (Weimar 1940, Herm. Böhlau's Nachf.); Haussmann, Grundlegung S. 61ff; Haussmann, Unternehmenszusammenfassungen S. 251ff; Hans Peter Hoenicka, Das Handelsgeschäft als Objekt eines Pachtvertrages (Diss Jena 1913); Heinrich Th. Huber, Unternehmenszugehör (Diss Basel 1928); Isay; Jens Jessen, Unternehmen und Unternehmensrecht, ZHR Bd. 96 (1930) S. 37ff; Joss S. 65ff; Klingler S. 19ff; Kohli S. 3ff; Richard von Kramer, Über das Unternehmen im Rechtsverkehr (Diss Leipzig 1910); Georg Meyer, Das kaufmännische Unternehmen als selbständiges schutzfähiges Rechtsgut ... (Diss Köln 1928); Mummy S. 9ff; Hans Carl Nipperday, Die Frage des Schutzes des Unternehmens nach § 823 Abs. 1 BGB, in den Beiträgen zum Wirtschaftsrecht, herausg. von F. Klausing/H. C. Nipperday/A. Nußbaum, Bd. 2 (Marburg i. H. 1931, Elwert) S. 445ff; A. Nussbaum, Zur neueren Entwicklung der Lehre vom Unternehmen, in den Beiträgen zum Wirtschaftsrecht, herausgeg. von Klausing/Nipperday/Nußbaum, Bd. 2 (1931) S. 492ff; Kamillo von Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt (Wien 1906, Manz); Oppikofer; Hans Oppikofer, Das kaufmännische Unternehmen, bei Schlegelberger Bd. 7 (1939) S. 24ff; Passow, Betrieb; Oskar Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs (Wien 1907, Manz); Oskar Pisko, Das kaufmännische Unternehmen, bei Ehrenberg Bd. 2 Abt. 1 (1914) S. 195ff; Rasch S. 21ff; Helmuth Reiche, Das Recht am Unternehmen (Diss Greifswald 1920); Martin Schapira, Das Unternehmen und seine Kennzeichen (Diss Zürich 1935) S. 1ff; Starke S. 5ff; Arnold Stehlin, Über das Unternehmen (Diss Basel 1926/27); Thommen S. 147ff; Tobler S. 1ff; Guido Turin, Der Begriff des Unternehmens (Diss oek Zürich 1948); Alfred Walther, Einführung in die Wirtschaftslehre der Unternehmung, Bd. I (Zürich 1947, Schultheß); Wieland I S. 239ff; Fritz Wuthenow, Das Wesen des Handelsgeschäfts als Gegenstand des Rechtsverkehrs (Diss Leipzig 1910).

wirtschaftliche Einheit[5]. Sie ist der Inbegriff von materiellen und immateriellen Gütern, die in einer einheitlich geleiteten Wirtschaftsorganisation zusammengefaßt sind und einem bestimmten Zwecke dienen. Dazu gehört auch das dynamische Moment der Unternehmertätigkeit, das aber nicht ausdrücklich zu nennen ist, da es ja der Organisation potentiell inhärent ist[6].

Der Unterscheidung zwischen Unternehmung und Unternehmen, wie sie etwa WIELAND[7] formuliert, wonach der eine Ausdruck den Tätigkeitsinbegriff, der andere die Organisation umfassen soll, ist nicht zu folgen. Sie ist auch zu konstruiert, als daß sie sich hätte durchzusetzen vermögen[8]. Diejenige Auffassung, die im Wort Unternehmung die juristische Person als Inhaberin des Unternehmens und im Unternehmer nur die natürliche Person sieht, ist nicht zweckmäßig und daher abzulehnen. Die Begriffe des Unternehmens und der Unternehmung decken sich; die Ausdrücke sind einfach synonym zu gebrauchen. Keinesfalls aber dürfen sie mit der Person des Unternehmers identifiziert werden. Gerade durch deren Vermengung wurde unnötige Unklarheit und Verwirrung gestiftet, die sich nur schwer wieder aus der Welt schaffen läßt, da sie sich vielerorts – in Lehre und Gesetzgebung – eingeschlichen und auch schon eingebürgert hat. In der Umgangssprache wird das Unternehmen häufig mit dem Unternehmer identifiziert. Dazu meint PASSOW[9]: «Wenigstens im gewöhnlichen Sprachgebrauch mag solche bildliche personifizierende Ausdrucksweise hingehen: es muß aber zurückgewiesen werden, wenn daraus sachlich unrichtige Folgerungen gezogen werden.» Und weiter hinten[10]: «Insbesondere bei Handelsgesellschaften ist es sehr üblich, daß man das Unternehmen und den Unternehmungsinhaber nicht genügend auseinanderhält. Eine Aktiengesellschaft z. B. ist, wenn man sich ganz präzise ausdrücken will, niemals eine Unternehmung. Wenn sie eine Unternehmung betreibt – das ist ja bei der Aktiengesell-

[5] Über die Verschiedenartigkeit der im schweizerischen Recht für den Begriff des Unternehmens verwendeten Ausdrücke vgl. die Zusammenstellung bei THOMMEN S. 147f.

[6] Ähnlich auch OPPIKOFER, S. 4, wenn er sagt: «Das Unternehmen ist ohne wirtschaftliche Tätigkeit nicht denkbar.»

[7] WIELAND I S. 239f; auch OPPIKOFER S. 8 N. 4.

[8] So auch PASSOW, Betrieb S. 42 und MUMMY S. 9.

[9] PASSOW, Betrieb S. 92.

[10] PASSOW, Betrieb S. 94f.

schaft an sich nicht notwendig –, ist sie Inhaberin des Unternehmens ... Daß es sich um Verschiedenes handelt, kann man sich sehr einfach vor Augen führen, wenn man daran denkt, daß eine Aktiengesellschaft ihr ganzes Geschäft veräußern kann und deshalb doch als Aktiengesellschaft die gleiche bleibt.» Die Gesellschaft ist als juristische Person Rechtssubjekt; rechtlich betrachtet ist sie der Unternehmer, während das Unternehmen eben immer nur als Rechtsobjekt bestehen kann.

§ 3. Die Wesensmerkmale der Unternehmenzusammenfassungen

Die neueren Expansions- und Konzentrationsformen der Wirtschaft zeigen verschiedene *gemeinsame Merkmale*. Einmal sind die Unternehmenzusammenfassungen eben auf der Unternehmung aufgebaut, also auf dem Rechtsobjekt und nicht etwa auf der AG, der GmbH usw. Zudem erfolgt der Zusammenschluß unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit der Eigentümer dieser Unternehmungen. Es besteht sodann für die beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, durch den Zusammenschluß ihre Rentabilität zu erhöhen und damit den Unternehmergewinn zu steigern. Als ein wesentlicher Bestimmungsgrund zu Zusammenfassungen wirkt auch das Moment der Sicherung des Bestandes der Unternehmen. Dieses Ziel kann aber nur erreicht werden durch zweckmäßigere und intensivere Ausnutzung der bereits vorhandenen Mittel und Kräfte[11]. Eine derartige Rationalisierung bedeutet aber nicht etwas Neues, sondern ist charakteristisch für die Zusammenschlüsse schlechthin. Das Besondere daran ist nur, «daß sich ganz anders als früher eine verstärkte Bereitwilligkeit, auf die bisherige Selbständigkeit der Betriebsführung zu verzichten, durchgesetzt hat»[12]. Das Mittel, das die Erreichung dieses Zieles ermöglicht, ist die Beherrschung. Sie hat Geltung für alle Unternehmenzusammenfassungen. Verschieden hingegen ist die Richtung, in der sie sich auswirkt. Je nach der Wahl des Weges entsteht ein konzern- oder kartellartiges Gebilde. Beim Konzern richtet sich

[11] Naegeli I S. 105, stellt die Marktbeherrschung des Kartells der Rationalisierung bei den Konzernen gegenüber. Es ist aber doch wohl so, daß auch in der gemeinsamen Unterdrückung des freien Wettbewerbes eine Rationalisierungsmaßnahme erblickt werden kann.

[12] Rosendorff, Konzernrecht S. 14; er meint hier die Konzerne, aber auch beim Kartell verzichten die Mitglieder in einem bestimmten Sektor auf ihre Selbständigkeit.

diese Beherrschung auf die Vermögenssphäre der Gesellschaften; die Wirkung bleibt also innerhalb des Konzerns. Ganz anders das Kartell, dessen Beherrschungselement auf den Markt gerichtet ist, also auf eine unbekannte Vielzahl von Dritten, die mit dem Kartell direkt oder indirekt in wirtschaftlichem Kontakt stehen.

Zwischen Konzern und Kartell stehen die *Zweckgemeinschaften*[13]. Sie gleichen in ihrem wirtschaftlichen Charakter den Konzernen, da die Rationalisierung nur durch interne Abmachungen bewirkt werden soll und das Moment der Marktbeherrschung diesen Zusammenschlüssen durchaus fremd ist. Hingegen sind sie in rechtlicher Hinsicht und in ihrem organisatorischen Aufbau den Kartellen verwandt, da deren Mitglieder nur in *einer* wirtschaftlichen Funktion gebunden sind. Weil ihnen aber das typische Merkmal der Kartelle, die Marktbeherrschungstendenz, wie auch die vermögensmäßige Zusammenfassung der Konzerne fehlt, interessieren sie hier nicht weiter.

Auch *Konsortien*[14] stehen hier nicht zur Behandlung, weil sie in der Regel nur für eines oder mehrere Einzelgeschäfte bestimmt sind und sich schon aus diesem Grund von den Unternehmenzusammenfassungen, denen das Bestehen für eine gewisse Dauer wesentlich ist, unterscheiden. Vor allem aber kommt es bei Konsortien zu keiner Zusammenfassung von Unternehmungen[15].

Nicht den Kartellen zuzurechnen sind die *Berufsverbände*[16]. Auch hier kann ja von einer Zusammenfassung von Unternehmungen nicht gesprochen werden und das Merkmal der Marktbeherrschungstendenz, das den Kartellen wesentlich ist, fehlt. Die freie Konkurrenz unter den Mitgliedern will ja im allgemeinen durch die Berufsverbände nicht unterdrückt werden[17].

[13] Vgl. dazu etwa Friedländer, Kartellaufsichtsgesetz S. 60ff; Friedländer, Konzernrecht S. 262ff; Haussmann, Unternehmenszusammenfassungen S. 263; Haussmann, Praxis, S. 169ff; Hug S. 322; Naegeli I S. 102ff.

[14] Vgl. dazu etwa Friedländer, Konzernrecht, S. 149ff; Geiler, S. 22ff; Haussmann, Grundlegung S. 123f; Haussmann, Unternehmenszusammenfassungen S. 262; Naegeli I S. 184ff; Hans Werner Osthoff, Konsortialvertrag (Mannheim 1936, Weidmann); Rasch, Konzernrecht S. 56.

[15] Naegeli I S. 184, weist auch darauf hin, daß es sich nicht einmal um Unternehmerzusammenschlüsse zu handeln brauche.

[16] Vgl. dazu etwa Feldmann S. 18f; Graffenried S. 112ff; Wilhelm P. Rosch, Die Koalitionsfreiheit als Grundlage des Berufsverbandsrechts (Diss Basel 1945 Maschinenschrift).

[17] So auch Feldmann S. 18f.

Eine Auffassung will auch die *Fusionsunternehmen* den Konzernen und Trusts zurechnen. Dies ist aber kaum als zweckmäßig zu betrachten, weil es sich ja hier immer um Einheitsunternehmungen handelt, die als solche dem Aktienrechte unterstehen, und nicht um eine Mehrheit von Unternehmen. Es wird weiter hinten[18] nochmals darauf zurückzukommen sein.

Das Verhältnis zwischen der Hauptniederlassung und den *Filialen* mag der Beziehung der herrschenden zu den abhängigen Gesellschaften verwandt erscheinen. Tatsächlich ist das Moment der Beherrschung einerseits und der Abhängigkeit andererseits bei beiden Erscheinungen gegeben. Hingegen ist festzuhalten, daß Filialen lediglich Teilunternehmen und daß also sämtliche Zweigniederlassungen zusammen mit dem Hauptgeschäft als nur ein Unternehmen angesprochen werden können. Aus diesem Grund handelt es sich hier nicht um Unternehmenzusammenfassungen. Ein augenfälliger Unterschied liegt ja auch darin, daß die Filiale keine eigene Firma führt, gerade im Gegensatz etwa zur abhängigen Gesellschaft.

Der *Investmenttrust*[19] ist nicht als Konzern, noch weniger als Trust – nach kontinentalem Sprachgebrauch – zu betrachten. Sein Ziel ist nicht Rationalisierung, sondern er sucht als Anlagegesellschaft einfach eine Verteilung des Risikos durch finanzpolitische Maßnahmen herbeizuführen.

2. Abschnitt

Die Arten der Unternehmenzusammenfassungen

§ 4. Das Wesen des Kartells

Auf einige Wesensmerkmale des Kartells ist bereits allgemein hingewiesen worden[20]. Zunächst handelt es sich um *Unternehmenzusam-*

[18] Hinten S. 41.

[19] Vgl. dazu etwa Ursula Boveri, Die rechtliche Natur der Investment Trusts und die Rechtsstellung der Zertifikatsinhaber (Diss Zürich 1945).

[20] Zu den Rechtsverhältnissen bei den Kartellen vgl. etwa folgende Literatur: Bieri S. 4ff; Johann Heinrich von Brunn, Grundzüge des Kartellrechts (Berlin 1938, Junker & Dünnhaupt); Brunner; Callmann; Eggmann; Feldmann; René Fix, Kartellvertrag (Diss Basel 1922/23 Maschinenschrift); Julius Flechtheim, Die rechtliche Organisation der Kartelle (Mannheim/Berlin/Leipzig 1923, J. Bens-

menfassungen[21], weil die Vorgänge der Konzentration und der Kartellierung «auf der zusammenfassenden Tätigkeit eines besonders gearteten wirtschaftlichen Willens zu beruhen pflegen»[22], nämlich eben eine Mehrzahl von Unternehmungen zusammenzufassen. Davon geht auch HAUSSMANN aus[23]: «Der Rechtsaufbau der Unternehmenzusammenfassungen hat in der Unternehmung seine Grundlage.» Diese Ansicht wurde aber in der Folge durch die verschiedensten Autoren bekämpft. Für sie bedeutet das Kartell zunächst einmal einfach einen Verband von Unternehmern. PASSOW begründet seine Auffassung folgendermaßen[24]: «Wo es auf eine ganz exakte Ausdrucksweise[25] ankommt, muß man sich aber vor Augen halten, daß nicht die Geschäftsbetriebe als solche, sondern ihre Inhaber Subjekte der Rechte und Verpflichtungen aus dem Kartellverhältnis sind, was z. B. bei der Veräußerung des Geschäftsbetriebes ja oft scharf zum Ausdruck kommt.» Dieser Satz ist an sich vollkommen richtig, nur bedeutet er keine Widerlegung der hier vertretenen Ansicht. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß das Unternehmen nicht Rechtssubjekt sein kann[26]. Es hat wohl auch niemand ernstlich behauptet, daß Rechtsobjekte etwa Verpflichtungen eingegangen wären. Hingegen

heimer); FRIEDLÄNDER, Kartellrecht; GEILER S. 27ff, 81ff; GRAFFENRIED S. 92ff; Giaden GRISCHOTT, Die Entwicklung des Kartellrechts in der Schweiz (Diss Bern 1931); GYSIN; HAUSSMANN, Grundlegung S. 87ff; HAUSSMANN, Unternehmenszusammenfassungen S. 250ff; HAUSSMANN, Praxis S. 219ff; HUG S. 321ff; ISAY/TSCHIERSCHKY S. 38ff; LIEFMANN K.K.T. S. 1ff; LÜTSCHG S. 6ff; MISLIN S. 4ff; NAEGELI I S. 45ff; PASSOW, Kartelle; RASCH, Kartellrecht; RUNDSTEIN; Max SCHÄRER, Die Natur des Kartellvertrages nach schweizerischem Recht (Diss Zürich 1916/17); SCHLATTER S. 23ff; TAPERNOUX; Horst WAGENFÜHR, Deutsche, ausländische und internationale Kartellverträge im Wortlaut (Nürnberg 1931, Krische); Hugo WALDECK, Deutsches und internationales Kartellrecht (Berlin 1922, Carl Heymann); Charles ZOELLY, Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz (Diss Zürich 1916/17).

Eine eingehende Zusammenstellung kartellrechtlicher Literatur findet sich bei NAEGELI I S. XXff und II S. VIIff.

[21] A.M. etwa LIEFMANN K.K.T. S. 16; PASSOW, Kartelle S. 15ff; GYSIN S. 371; FELDMANN S. 17; GILOI S. 3; NAEGELI I S. 46 N. 7; MISLIN S. 83.

[22] HAUSSMANN, Grundlegung, S. 65.

[23] HAUSSMANN, Grundlegung S. 61.

[24] PASSOW, Kartelle S. 16.

[25] Leider hält PASSOW, Betrieb S. 100, diese scharfe Trennung in der Folge nicht aufrecht, z. B. in seinem Konzernbegriff: «... eine Gruppe von zivilrechtlich selbständigen Unternehmungen, ...».

[26] Vgl. vorne S. 28 ff.

haben die Unternehmer ihre Unternehmungen zusammengefaßt, damit diese ihnen größeren Gewinn brächten. Nun werden beim Kartell allerdings die Unternehmen nicht in ihrer Ganzheit erfaßt, sondern nur in einzelnen, bestimmten Funktionen. Aber primär werden durch die Zusammenfassung doch die Unternehmungen getroffen. So sind die Unternehmen eines Kontingentierungskartells auf eine festgelegte Produktions- oder Absatzmenge beschränkt, beim Gebietskartell auf ein bestimmtes Absatzgebiet. Diese Maßnahmen werden von den Unternehmern für ihre Unternehmungen getroffen, die sie in einer bestimmten Funktion vereinheitlichen, in einen größern Rahmen stellen wollen. NAEGELI führt dazu aus – allerdings ohne näher auf das Problem einzutreten –, daß es sich für den Juristen in erster Linie um einen Zusammenschluß von Unternehmern handle, für den Wirtschaftswissenschafter aber vor allem um einen Zusammenschluß von Unternehmungen[27]. Es liegt nun aber kein Grund vor, für die Rechtswissenschaft einen besonderen Kartellbegriff aufstellen zu wollen. Der Jurist kann ohne weiteres die sozialökonomische Umschreibung übernehmen. Daß NAEGELI übrigens derselben Ansicht ist, zeigen seine eigenen Ausführungen[28]: «Die Kartelle sind wirtschaftliche Bildungen und Erscheinungen, deren Beschreibung und begriffliche Abgrenzung Sache der Volkswirtschaftslehre ist. Der Jurist würde nur dann Anlaß und das Recht haben, einen spezifisch juristischen Begriff ‚Kartell' aufzustellen, wenn es Rechtssätze gäbe, die gerade auf den Begriff ‚Kartell' gemünzt wären ... Und selbst in diesem Falle wäre nicht die Frage nach der juristischen Natur der Kartelle im allgemeinen zu stellen, sondern nach dem Begriff des Kartells im Sinne der einzelnen Rechtsnormen.» Und weiter hinten[29]: «Einen spezifisch juristischen Kartellbegriff gibt es also nicht, sondern nur einen allgemeinen volkswirtschaftlichen.» Man darf sich nicht beirren lassen durch die Rechtsform, in der sich ein Kartell zeigt[30]. Daß die Unternehmer die Zusammenfassung der Unternehmungen vornehmen, ist für den Kartellbegriff unwesentlich und darf keinesfalls darüber hinwegtäuschen, daß das Kartell wirtschaftstatsächlich eine Unternehmungszusammenfassung darstellt. GYSIN, der in den Kartellen ebenfalls Unternehmerverbände sieht, begründet seine Ansicht damit, daß

[27] NAEGELI I S. 46 N. 7.
[28] NAEGELI I S. 39.
[29] NAEGELI I S. 40.
[30] Zu den Rechtsformen der Kartelle vgl. etwa LÜTSCHG S. 32 ff und BIERI.

ein juristisches Instrument bei den Kartellen nicht notwendig sei, während eine Zusammenfassung von Unternehmungen nur juristisch ausgedrückt werden könne[31]. Nun ist aber bei den Kartellen das juristische Instrument der Vertrag. GYSIN weist dann, um seine Auffassung zu belegen, auf die Gentlemens Agreements hin, die auch Unternehmerverbände bilden könnten. Betrachtet man aber die Gentlemens Agreements wie GYSIN als außerjuristische Formen, so kann ein auf diese Weise zustande gekommenes Kartell juristisch als inexistent betrachtet werden; die einzelnen Mitglieder sind vor dem Gesetz in keiner Weise an diese Übereinkommen gebunden[32]. Dieses Argument vermag also nichts gegen das Kartell als Unternehmungszusammenfassung auszusagen. Nimmt man aber die Gentlemens Agreements als Verträge, so fällt das Argument ohnehin weg[33].

Verschiedene Definitionen nennen die Kartelle etwa ‚freie Verbände' oder ‚freiwillige Zusammenschlüsse'[34]. Wenn diese ‚Freiwilligkeit' nur gemeint ist im Gegensatz zum staatlichen Zwang bei den Zwangskartellen, so mag gegen diese Ausdrücke nichts einzuwenden sein. Nun sind aber die Kartelle nicht immer nur auf freiwilliger Basis zustande gekommen, auch wenn man von den Zwangskartellen absieht. Um den möglichen Unklarheiten zu begegnen, wäre der Ausdruck ‚private Zusammenfassung' doch wohl entsprechender. Dieser Meinung ist auch GYSIN. Er begründet sie wie folgt[35]: «Ich ersetze den Ausdruck ‚frei' durch ‚privat', weil infolge des starken Druckes, der bei Kartellgründungen oft ausgeübt wird und sich zur Existenzbedrohung steigern kann, manche Kartelle nichts weniger als ‚freie' Vereinigungen sind.»

[31] GYSIN, S. 371 f.

[32] Vgl. zu diesen Fragen: Peter FRANCK, das «Gentlemens Agreement» im Internationalen Privatrecht, Diss Basel 1938 (Maschinenschrift), insb. S. 101 ff.

[33] In Amerika, wo die Kartelle von Gesetzes wegen verboten sind, ist es an sich gleichgültig, auf welche Art und Weise es zustande gekommen ist, ob durch Vertrag oder Gentlemens Agreement – es ist nichtig. Dort wo das positive Recht für Kartellverträge eine qualifizierte Form vorschreibt, können Gentlemens Agreements ohnehin nicht rechtsgültig Kartelle zur Entstehung bringen.

[34] So etwa Ludwig POHLE, Die Kartelle der gewerblichen Unternehmer (Leipzig 1898 Veit), S. 11; A. E. F. SCHAEFFLE, Zum Kartellwesen und zur Kartellpolitik, in der Zeitschr. für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 54 (1898) S. 468 f; LIEFMANN K. K. T. S. 10; RUNDSTEIN S. 2; HAUSSMANN, Grundlegung, S. 87; FELDMANN S. 17; NAEGELI I S. 55; GILOI S. 3; BRUNNER S. 4; BIERI S. 6 ff, 12; MISLIN S. 8.

[35] GYSIN S. 375 N. 23.

Unbestritten ist bei den Kartelldefinitionen das Moment der *Selbständigkeit der Unternehmer*. Oft ist auch die Rede von der Selbständigkeit der Unternehmungen[36]. Ein Unternehmen ist aber nie selbständig. Es ist als Rechtsobjekt immer vom Willen seines Inhabers abhängig. Das gilt auch beim Kartell. Dagegen müssen die Unternehmer ihre Selbständigkeit behalten. Daß die Unternehmungen in einer bestimmten Funktion zusammengefaßt werden, vermag dem Unternehmer die Selbständigkeit nicht zu nehmen.

Wesentlich für das Kartell ist aber namentlich die besondere *Marktstellung*. Diese ergibt sich mittelbar aus dem eigentlichen Zweck des Kartells. Dieser Zweck ist die Sicherung der Existenz und die Hebung der Rentabilität der einzelnen Unternehmungen. Das Mittel dazu ist die Beschränkung oder Beseitigung des freien Wettbewerbes. Das ist aber nur möglich durch eine starke Marktposition. Geteilt sind die Meinungen über den Grad, den die Marktstellung erreichen muß, damit man überhaupt von einem Kartell sprechen kann. Es wird sich hiebei offenbar um ein Streben nach der Beherrschung des Marktes handeln. Diese Terminologie ist den Ausdrücken wie Marktbeeinflussung, monopolistische Beherrschung, Marktregulierung usw. vorzuziehen, da sie präziser ist und nicht zu Mißverständnissen Anlaß geben kann[37]. Das Kartell muß aber jedenfalls soviele Unternehmen in sich vereinigen, daß die Außenseiter die durch das Kartell diktierten Bedingungen und Preise nicht zu beeinflussen vermögen.

§ 5. Das Wesen des Konzerns

Wie beim Kartellbegriff besteht auch über den Begriff des Konzerns noch eine gewisse Uneinigkeit, die offenbar in der Vielfalt der Möglichkeiten und Gestaltungen, die den Konzernen eigen sind, begründet ist[38]. Trotzdem kann von einer Verwirrung, wie sie da und dort behauptet wird, kaum gesprochen werden; denn über die Grundlagen des Konzerns ist man sich im Schrifttum – abgesehen von wenigen Ausnahmen – im großen ganzen einig[39].

[36] Etwa bei: Adolf Menzel, Die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung, in den Verhandl. des Vereins für Socialpolitik, Bd. 61 (1895) S. 24; Haussmann, Grundlegung S. 87; Hug, S. 321; Naegeli I S. 46, 55; Bieri S. 12.

[37] Vgl. dazu auch die ausführlichen Darlegungen von Naegeli I S. 50ff.

[38] Vgl. etwa die Zusammenstellung von Konzerndefinitionen bei Ullrich S. 4f.

[39] Vgl. dazu folg. Literatur: Bauer; Capitaine; Ernst Eckelt, Der Konzernbegriff im Aktiengesetz von 1937, JW Bd. 66 (1937) S. 1198ff; Frankenberg S. 6ff;

Gemeinsam mit den Kartellen haben die Konzerne als Grundlage die Unternehmung. Auch hier handelt es sich also wieder um *Unternehmenzusammenfassungen*[40]. Das ist im allgemeinen unbestritten, wenn auch bei verschiedenen Definitionen nicht ganz klar in Erscheinung tritt, ob eine Unternehmungszusammenfassung oder eher ein Zusammenschluß von Rechtssubjekten gemeint ist[41].

Wenn die meisten Autoren von den Konzernunternehmungen *rechtliche Selbständigkeit* verlangen, so ist der Grundgedanke wohl richtig, die Ausdrucksweise hingegen aus zwei Gründen falsch. Nicht richtig an dieser Auffassung ist einmal die Betonung der Selbständigkeit der *Unternehmen*, weil es, wie bereits weiter vorne ausgeführt[42], ein selbständiges Unternehmen nicht gibt; denn das Unternehmen als Inbegriff von Sachen, Rechten und tatsächlichen Beziehungen ist niemals selbständig im Sinne von rechts- und handlungsfähig. Diese Bedeutung ist dem Wort ‚selbständig' hier aber offenbar beizulegen. Es geht nicht an, beim Konzern von einer Unternehmenzusammenfassung, also einem Zusammenschluß von Rechtsobjekten zu sprechen

Friedländer, Konzernrecht; Geiler S. 66ff; Hamburger, Organgesellschaft; Hamburger, Konzernrecht; Haussmann, Tochtergesellschaft; Haussmann, Grundlegung S. 87ff; Haussmann, Unternehmenszusammenfassungen S. 250ff; Haussmann, Praxis S. 7ff; Hug S. 322, 344ff; Isay; Joss; Kahn; O. Kunze, Begriff der Konzerngesellschaft und verwandte Begriffe, WTr Bd. 3 (1934) S. 294ff; Liefmann, K.K.T. S. 259; Naegeli I S. 193ff; Netter; Passow, Betrieb; Passow, Konzern, Artikel im Wörterb. d. Volkswirtschaft Bd. 2 (1932 4.A.) S. 631f.; Rasch; Rosendorff, Konzernrecht; von Steiger S. 230aff; Trumpler S. 326ff; Ullrich; Weisbart, in Ring/Schachian S. 419ff.

Ausführliche Literaturzusammenstellungen finden sich bei Naegeli I S. XXff und II S. XIIIff und bei Rasch, Konzernrecht.

[40] A.M. von Steiger, S. 272a: «Im Konzern ... erfolgt eine Zusammenfassung nicht von Vermögensobjekten, sondern von rechtlich selbständigen Unternehmen, also von Rechtssubjekten.» Auf S. 251a erklärt er aber, daß unser Recht das Unternehmen nur als Rechtsobjekt kenne, eine andere Auffassung widerspräche den Grundlagen unseres Gesellschaftsrechts.

[41] Etwa der Enquete-Bericht, der auf S. 65 von einem «Verband mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmungen» spricht. Unternehmen können aber keinen Verband bilden; denn entweder bilden deren Inhaber einen Verband oder dann fassen diese ihre Unternehmungen zusammen. Auch Schmitt und Bremkamp, Konzerne, Artikel im Versicherungs-Lexikon (herausg. von Alfred Manes, Berlin 1930, 3.A.), S. 897ff, sprechen von einer Mehrheit selbständiger Rechts- und Wirtschaftssubjekte.

[42] Vorne S. 30f.

und gleichzeitig diesen Rechtsobjekten rechtliche Selbständigkeit zuschreiben zu wollen. In diesem Punkte ist Joss durchaus zuzustimmen, wenn er sagt, daß es ein Leichtes wäre, diese voraussetzungslos verwendete und darum unrichtige Bezeichnungsweise ad absurdum zu führen[43]. Sodann ist darauf hinzuweisen, daß ja eben gerade bei den Konzernen die Abhängigkeit von Unternehmensinhabern eine häufige Erscheinung darstellt. Wenn aber mit dem Ausdruck ‚rechtlich selbständige Unternehmen' einfach die Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit gemeint ist – und dies ist offenbar der Fall –, so ist diese Auffassung richtig. Dieses Moment ist nun tatsächlich wesentlich für den Konzernbegriff[44]. Treffend führt KAHN aus, daß von einem Konzern nur gesprochen werden könne, wenn eine Mehrheit von Rechtssubjekten gegeben sei. Eine AG und möge sie noch so ein Riesenbetrieb sein, sei nie ein Konzern, sondern nur ein Einzelunternehmen[45]. Damit stellt sich der Konzern auch in Gegensatz zu den fusionierten Unternehmungen. Wenn nun aber verschiedene Autoren[46] diese Aufrechterhaltung der Rechtssubjektivität der einzelnen Unternehmungsinhaber nicht für begriffswesentlich halten, so fallen allerdings auch die Fusionsunternehmen unter den Konzernbegriff. Diese Auffassung ist aber darum nicht zweckmäßig, weil ja gerade in diesem Aufrechterhalten der Selbständigkeit der Inhaber von zusammengefaßten Unternehmungen der Unterschied zum Fusionsunternehmen, das ein Einheitsunternehmen darstellt, liegt. Abgesehen davon unterstehen die Fusionsunternehmen der abschließenden Regelung des Aktienrechts oder des Rechts der GmbH[47].

Das wichtigste Wesensmerkmal des Konzerns – gerade im Gegensatz zu den Kartellen und Zweckgemeinschaften – ist nun die *Beherrschung im Innenverhältnis*. Während FRIEDLÄNDER die Art der

[43] Joss S. 26.

[44] Derselben Auffassung etwa: PASSOW, Betrieb S. 100, 104; FRIEDLÄNDER, Konzernrecht S. 30f (vgl. aber S. 87, wo er auch die Fusion in die Organisationsformen einbezieht); FRIEDLÄNDER, Kartellrecht S. 13; ROSENDORFF, Konzernrecht S. 18; KRONSTEIN S. 1; SAITZEW S. 9; KAHN S. 1095; NAEGELI I S. 194f; ULLRICH S. 7; GILOI S. 6; KOST S. 2; FELDMANN S. 16; TRUMPLER S. 328f; so auch § 15 dAGes.

[45] KAHN S. 1095.

[46] NETTER S. 63; BAUER S. 46; HAUSSMANN, Grundlegung S. 87f; JOSS S. 26ff, 51f; HUG S. 344ff.

[47] In diesem Sinn auch PASSOW, Betrieb S. 118ff; NAEGELI I S. 194f; FRANKENBERG S. 7, 14 N. 5; RASCH S. 5.

organisatorischen Zusammenfassung für wesentlich hält[48], gehen verschiedene Autoren von der Beherrschung des Vermögens aus. Dieses Moment der Vermögenszusammenfassung wurde vor allem von Haussmann erkannt und vertreten[49]. Daß seine Auffassung sich durchzusetzen vermochte, zeigt sich namentlich in den neueren Arbeiten über Konzernprobleme[50]. In der Begründung seiner Ansicht geht Haussmann im wesentlichen davon aus, daß beim Kartell die Vermögenszusammenfassung nicht begriffswesentlich sei, daß etwa ein gemeinschaftlicher Besitz von Gruben, Patenten usw. nicht eigentlicher Kartellzweck, sondern nur eine das Wesen des Kartells nicht beeinflussende Begleiterscheinung sei[51]. Die vermögensrechtlichen Verhältnisse der einzelnen Kartellunternehmungen werden dadurch nicht berührt, während beim Konzern eben das ganze Vermögen der Konzernunternehmen beherrscht wird. Diese Vermögenszusammenfassung bedeutet nun nach Naegeli[52]: «Unterwerfung der gesamten vermögensrechtlichen Verhältnisse einzelner Unternehmen unter einen einheitlichen übergeordneten Willen.» Es liegt also eine Unterordnung der verschiedenen Unternehmungen unter den Willen der Konzernleitung vor. Damit bildet der Konzern in wirtschaftlicher Hinsicht bis zu einem gewissen Grade eine Einheit. Diese Einheit wird durch die *Zentralgewalt* nach einem einheitlichen Plane durchorganisiert und geleitet. Das Maß, das die wirtschaftliche Einheit jeweilen erreicht, ist grundsätzlich nicht von Belang. Worauf es ankommt, ist, daß die Konzernleitung die Möglichkeit hat, nach ihrem Willen die verschiedenen Konzernunternehmen jederzeit und auf die Dauer in ihren sämtlichen wirtschaftlichen Funktionen einem einheitlichen wirtschaftlichen Plane unterzuordnen.

§ 6. Der Trust

Obschon der Trust – nach kontinentalem Sprachgebrauch – keine anderen Merkmale aufweist, sondern einfach diejenigen, die schon das Wesen des Kartells und des Konzerns ausmachen, in sich vereinigt, so ist doch kurz auf diese Form der Unternehmungszusammenfassung

[48] Vgl. Friedländer, Besprechung des Kommentars zur Kartell-Vo von Haussmann / Hollaender, KR Bd. 23 (1925) S. 155.

[49] Vgl. Hausmann / Hollaender S. 18; Haussmann, Grundlegung S. 84f.

[50] Etwa Joss S. 29, 31; Naegeli I S. 201ff; Hug S. 344; Rasch S. 35.

[51] Haussmann, Grundlegung S. 85f.

[52] Naegeli I S. 204.

einzutreten, da auch hier dieselben rechtlichen Probleme in Erscheinung treten. RASCH definiert den Trust als «Zusammenschluß mehrerer Unternehmen auf kapitalistischer Grundlage mit dem Ziel einer möglichst weitgehenden Beherrschung des Marktes[53].» Einerseits ist der Trust ein Konzern, da die Vermögenszusammenfassung ein wichtiges Begriffsmerkmal darstellt. Andererseits ist auch hier die besondere Wirkung auf den Markt – wie beim Kartell – wesentlich. Beim Trust handelt es sich also um einen *Konzern mit Marktbeherrschungstendenz.* Rechtlich gesehen erscheint er eher dem Konzern verwandt, während er in wirtschaftlicher Betrachtungsweise mehr ein kartellartiges Gebilde darstellt. Wenn man von diesen Voraussetzungen ausgehen will, ist es aber unmöglich, unter Trust auch eine Fusion mit Monopolcharakter zu verstehen, wie dies in der Literatur gelegentlich vertreten wird[54]. Wenn etwa NAEGELI den Trust als Konzern mit monopolistischem Charakter bezeichnet[55], in der Folge aber die monopolistisch gerichtete Fusion auch hinzurechnen will, so liegt darin ein offensichtlicher Widerspruch. Denn er stellt seinen Begriff des Konzerns gerade dem der Fusion gegenüber[56]. Daher kann man sich fragen, weshalb er für den «Konzern mit monopolistischem Charakter» die Fusion auch mit einschließt. CALLMANN verlangt vom Trust eine monopolistische Stellung[57] – im Gegensatz zum Kartell, bei dem er nur Streben nach Marktbeherrschung voraussetzt. Es wird aber in dieser Beziehung für beide genannten Arten von Unternehmenzusammenfassungen ein und dasselbe Geltung haben. Es ist ja jederzeit möglich, daß ein Trust seine Monopolstellung verlieren kann. Da wäre es nun widersinnig, wenn ein Trust, der jahrelang eine beherrschende Marktstellung inne hatte, beim bloßen Auftreten eines Außenseiters nun plötzlich kein Trust mehr wäre, ohne sich in seinem innern oder äußern Wesen auch nur im geringsten geändert zu haben. Es wird also hier wohl wie beim Kartell das Streben nach Marktbeherrschung das richtige Kriterium sein.

[53] RASCH S. 308.

[54] Etwa FRIEDLÄNDER, Konzernrecht S. 439; FRIEDLÄNDER, Kartellrecht S. 14; PASSOW, Betrieb S. 122; HAUSSMANN, Grundlegung S. 88; CALLMANN S. 34f; GYSIN S. 368 N. 10; BAUER S. 69, braucht den Ausdruck Trust mehr oder weniger in der sonst üblichen Bedeutung von Konzern; FELDMANN S. 18, 45; NAEGELI I S. 206; BIERI S. 13.

[55] NAEGELI I S. 205f.

[56] NAEGELI I S. 194f.

[57] CALLMANN S. 35f.

II. Kapitel

Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person

1. Abschnitt

Die Rechtspersönlichkeit

§ 7. Das Recht der Persönlichkeit der juristischen Person

Der Behandlung des Persönlichkeitsschutzes der juristischen Person im allgemeinen ist zunächst eine kurze Stellungnahme zu einigen grundlegenden Problemen des Wesens und der Rechtsstellung der juristischen Person[1] vorauszuschicken.

[1] Vgl. dazu ganz allgemein etwa die folgende Literatur: A. Affolter, Zur Lehre von den juristischen Personen, ZSR Bd. 9 (1890) S. 9ff; Vittorio Angeloni, Imprese e Società, Corso di Diritto Commerciale Vol. I (Roma 1952, Scientia Italica); Cemil Halit Bengü, La responsabilité pénale des groupements de personnes (Diss Genf 1941); Beyeler; Bilge; Julius Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit (Leipzig 1907, A. Deichert); Wolfhart Friedrich Bürgi, Wandlungen im Wesen der juristischen Person, in der Festschrift für Hans Nawiasky: Staat und Wirtschaft, S. 245ff (Einsiedeln/Zürich/Köln 1950, Benziger); Walther Burckhardt, Die rechtliche Natur der Personenverbände im schweizerischen Obligationenrecht (Diss Bern 1896); Walther Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (Zürich 1944 2. A., Polygraphischer Verlag) S. 307ff; Burckhardt, Einführung, S. 113ff; Egger, Komm. Art. 52ff und Vorbemerkungen S. 342ff; Leopoldo Eijo Garai, La Persona Juridica ... (Madrid 1935, Luz y Vida); Francesco Ferrara, Teoria delle Persone Giuridiche (Napoli/Torino 1923 2. A., E. Marghieri/Unione Tip.); Friedländer, Konzernrecht, S. 63ff; Gierke GenTh. S. 793ff; Gierke DPrR I, S. 456ff; Otto Gierke, Wesen der menschlichen Verbände (Leipzig 1902, Duncker & Humblot); von Graffenried; Karl Haff, Grundlagen einer Körperschaftslehre (Leipzig 1915, Werner Scholl); Haff, Institutionen; Karl Haff, Die juristischen Personen des bürgerlichen und Handelsrechts in ihrer Umbildung, in der Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts Bd. 2 (1929) S. 253ff; Ernst Hafter, Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände (Berlin 1903, Julius Springer); Hafter, Juristische Personen; Hafter, Komm. Art. 52ff und Vorbemerkung, S. 204ff; Hafter, Strafrecht S. 71ff; Haussmann, Aktienwesen; B. Herzog, Die Beschränkung der persönlichen Freiheit bei juristischen Personen, ZBH Bd. 4 (1929) S. 208; Andreas Heusler, Zur Lehre von den juristischen Personen, ZSR Bd. 8 (1889) S. 365ff, 398ff; Eduard Hölder, Natürliche und juristische Personen (Leipzig 1905, Duncker & Humblot); Huber SPrR Bd. IV S. 156ff; Huber, Erl. S. 45ff, 59ff, 79ff; Eugen Huber, Neues Recht S. 51ff; Marc Jaeger, Die Rechtsnatur der Personengesellschaften ... (Diss Bern 1941) S. 47ff; Hans Kelsen,

Der Streit über das *juristische Wesen des Verbandes* ist in der heutigen Zeit stark zurückgetreten, da man die Lösung des Problems einfach in der Konstruktion des Gesetzes sieht. Es ist also die juristische Person nicht ein absoluter Begriff. Sie hat einem bestimmten Zweck zu dienen und erhält dazu vom Gesetz Rechtspersönlichkeit zuerkannt. Diejenigen Personen, die aus der der juristischen Person vom Gesetz gewährten Einheitsbehandlung Nutzen ziehen wollen, wählen aus den verschiedenen Typen von Zweckeinheiten diejenige Form aus, die ihnen am passendsten erscheint und am ehesten Erfolg verspricht. Mit der Erfüllung der gesetzlichen Minimalerfordernisse erlangt diese Vielheit die Einheitsbehandlung und damit die günstigere Stellung im Verkehr. Die neuere Forschung hat auch gezeigt, wie sehr die juristische Person etwas durchaus Relatives darstellt, daß sie zwischen ihren beiden äußersten Polen – dem Staat einerseits, der Organgesellschaft und der Einmanngesellschaft andererseits – zahlreiche Zwischenstufen aufweist[2]. Gerade auch die Unternehmenzusammenfassungen liefern genügend Anschauungsmaterial für Gesellschaften mit umfassenden Zielen und Gesellschaften mit ganz beschränktem Zweck.

In der Gleichstellung der juristischen Person mit der natürlichen Person geht das ZGB außerordentlich weit, indem es für beide eine *Rechtspersönlichkeit* statuiert, die dem Wesen nach gleichartig ist[3]. In der Zuerkennung der Persönlichkeit ist der Gesetzgeber durchaus frei; denn genau so wie die Rechtsordnung zu gewissen Zeiten nur

Allgemeine Staatslehre (Berlin 1925 Julius Springer) S. 66ff; KRONSTEIN; Arthur MAMELOK, Die juristische Person im internationalen Privatrecht (Diss Zürich 1900); Achille MESTRE, Les personnes morales ... (Diss Paris 1899); Christian MEURER, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht (Stuttgart 1901, Ferd. Enke); Gustav RÜMELIN, Methodisches über juristische Personen (Freiburg i. Br. 1891, Chr. Lehmann); Raymond SALEILLES, De la personnalité juridique (Paris 1910, A. Rousseau); Friedrich Carl VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts Bd. 2 (Berlin 1840, Veit & Comp.) S. 235ff; Max SCHWABE, Die juristische Person und das Mitgliedschaftsrecht (Basel 1900, Benno Schwabe); Wolfgang SIEBERT, Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände, DJZ Bd. 40 (1935) S. 712ff; DE VAREILLES-SOMMIERES, Les personnes morales (Paris 1902 Cotillon); H. M. VOLLENWEIDER, Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person (Diss Zürich 1908); Richard WALLASCHEK, Die «juristische Person» (Diss Bern 1886); WIELAND I S. 398ff; Ernst ZITELMANN, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen (Leipzig 1873, Duncker & Humblot).

[2] Etwa FRIEDLÄNDER, Konzernrecht S. 68f; WIELAND I S. 396ff.

[3] Vgl. dazu Eugen HUBER Erl. S. 57.

einem bestimmten Teil der Menschen Rechtsfähigkeit zusprach – ein Zustand, der zu unseren heutigen Anschauungen in schroffem Widerspruch steht –, kann diese Rechtsordnung auch außermenschlichen Dingen Persönlichkeit verleihen[4]. Daher kann BILGE auch etwa sagen[5]: «Nous admettons donc qu'aussi bien la personnalité humaine que celle des collectivités se fonde sur l'ordre juridique; dans les deux cas, la personnalité est toujours juridique.» Es darf ja natürlich niemals vergessen werden, daß nicht etwa dem Menschen die Rechtssubjektivität schon mit seiner Existenz gegeben ist, sondern daß er genau wie die Verbände und Stiftungen Persönlichkeit nur durch Gesetzesnormen erhalten kann. Denn außerhalb des objektiven Rechtes ist der Begriff der Persönlichkeit undenkbar.

Immerhin besteht eine Differenzierung insofern, als die Persönlichkeit der juristischen Person in quantitativer Hinsicht der der natürlichen Person nicht ganz entspricht. So besagt Art. 53 ZGB, daß die juristischen Personen aller Rechte und Pflichten fähig seien, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur Voraussetzung hätten[6]. Damit ist der juristischen Person eine umfassende Rechtsfähigkeit gesichert. Wenn nun schon bestimmten Körperschaften Persönlichkeit zuerkannt wird, müssen sie – gleich der natürlichen Person – einen gewissen Schutz beanspruchen können. Daher ist auch Art. 53 ZGB eine sichernde Grundlage dafür, daß auch die juristische Person am Schutz der Persönlichkeit teilhat. Und darin liegt ja auch der Sinn und die Rechtfertigung dieser Bestimmung, an deren Notwendigkeit schon von verschiedener Seite Zweifel geäußert worden sind und sie als entbehrlich erscheinen lassen wollten[7]. Dieser Schutz der Persönlichkeit ist ein Teil des Persönlichkeitsbegriffes, gerade so wie etwa auch die Rechtsfähigkeit und die Handlungsfähigkeit und die persönlichen Güter; denn die Persönlichkeit ist ja keineswegs identisch mit der Rechtsfähigkeit[8], sondern umfaßt alle Fähigkeiten und Rechte, die dem Rechtsträger als Subjekt eigen sind[9]. Daß das

[4] EGGER, Komm. Art. 52 N. 1 S. 352.

[5] BILGE S. 13.

[6] Vgl. dazu den interessanten, wenn auch m. E. recht anfechtbaren Entscheid des Bger in Praxis Bd. 22 (1933) Nr. 23 S. 56, sowie August SIMONIUS, Die juristische Person als Mitglied eines Verwaltungsrates, in der Festgabe für Carl Wieland: Beiträge zum Handelsrecht (Basel 1934, Helbing & Lichtenhahn) S. 367ff.

[7] Vgl. etwa SPECKER S. 126.

[8] EGGER, Komm. Art. 11 N. 2, S. 143f.

[9] TUOR S. 54f.

ZGB diesen Begriff in dieser Weise aufgefaßt wissen will, geht ja schon aus den Marginalien hervor[10]. Zu Unrecht betont MELLIGER, die Überschrift ‚Recht der Persönlichkeit' fasse in unzweckmäßigster Weise einen Inbegriff juristisch ungleichartigster Dinge, wie Rechtsfähigkeit und Persönlichkeitsrechte zusammen[11]. Es ist aber m.E. diese Systematik eben gerade eine ausgesprochen zweckmäßige und gibt unserer schweizerischen Auffassung über die Grundlagen der Persönlichkeit in glücklicher Weise Ausdruck.

§ 8. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person

A. Die Auffassung von der Beschränkbarkeit der Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person

Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich mit zwei wesentlichen Teilen des Rechts der Persönlichkeit: der Rechtsfähigkeit und der Handlungsfähigkeit. Und zwar drängt sich eine Behandlung deshalb auf, weil verschiedene Autoren[12] der Meinung sind, es bestehe die Möglichkeit, diese bei den juristischen Personen beliebigen Beschränkungen zu unterwerfen. Da nun diese Verfechter der Beschränkbarkeit der Rechts- und Handlungsfähigkeit im allgemeinen von der juristischen Person als Zweckverband ausgehen, sind zunächst einmal die Begriffe Zweck und Gegenstand einer juristischen Person klarzustellen.

Für die AG, die hier allein von Interesse ist, verlangt Art. 626 OR als Statuteninhalt unter anderem in Ziff. 2 die Nennung von *Zweck* und *Gegenstand*. Da es sich dabei nicht einfach um zwei Ausdrücke für ein und denselben Begriff handelt, bestätigen auch die Art. 648 und 649 OR, die an die Änderung des Gesellschaftszwecks andere Bedingungen knüpfen als an die Umwandlung des Gegenstandes. Trotzdem sehen einige Autoren[13] in Zweck und Gegenstand ein und

[10] EGGER, Komm. Art. 11 N. 3, S. 144.

[11] MELLIGER S. 17 N. 3.

[12] So etwa GIERKE GenTh. S. 174ff, 673ff; GIERKE, DPrR I S. 524ff; EGGER, Komm. Art. 53 N. 3 S. 361 und N. 17 S. 366; FISCHER S. 361; JOSS S. 121ff, spez. S. 127, 128 N. 100; BEYELER S. 33, 35; BILGE S. 45; ähnlich, wenn auch aus anderen Beweggründen Wolfgang SIEBERT, Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände, DJZ Bd. 40 (1935) S. 714ff, insbs. 722ff; WALDKIRCH.

[13] U. a. GIERKE GenTh. S. 814; Karl LEHMANN, Das Recht der Aktiengesellschaften Bd. 2 (Berlin 1904, Carl Heymann) S. 472ff; Viktor RING/Herbert SCHACHIAN,

dasselbe. Andere[14] dagegen verstehen unter Zweck das Gewinnstreben der Gesellschaft und unter Gegenstand das Mittel zur Erreichung dieses Zwecks. Demgegenüber ist aber zu betonen, daß der Erwerbswille ja ein wesentliches Moment der Kapitalgesellschaft überhaupt ist und daß daher dieser Endzweck als Statuteninhalt überflüssig erscheinen mag. SIEGWART sagt richtig[15]: «Bei der menschlichen Betätigung reihen sich Zweck und Mittel zu weiteren Zwecken untrennbar aneinander. Als Statuteninhalt kommt nun nicht in Frage, das was als Endzweck einer typischen AG bezeichnet werden kann, nämlich die Auszahlung von Dividenden an die Aktionäre, auch nicht die Gewinnung von Vermögenswerten zur Ermöglichung von solchen Auszahlungen, sondern die Geschäftstätigkeit, die entfaltet wird, um Gewinne zu erzielen und verteilen zu können.» Darüber hinaus scheint es unmöglich, daß der Endzweck, das Gewinnstreben, mit einer Dreiviertelsmehrheit aufgehoben werden könnte, wie sie in Art. 648 OR für die Umwandlung des Gesellschaftszwecks verlangt wird[16]. Dazu wäre unbedingt Einstimmigkeit erforderlich. Für das schweizerische Recht mußte eine andere, der gesetzlichen Regelung entsprechende Lösung gefunden werden. Der Zweck, den das Gesetz nennt, ist der Weg zur Erreichung des Ziels der Kapitalgesellschaft, der Gewinnerzielung, er ist also das Mittel zur Erreichung des Endzweckes. Die Umschreibung muß allgemein gehalten sein, da sie auch für die Zukunft Gültigkeit haben und der Gesellschaft für eine gewisse Anpassungsfähigkeit Gewähr leisten soll. Demgegenüber ist der Gegenstand die sachlich und räumlich näher konkretisierende Bestimmung der Tätigkeit der Gesellschaft, so wie sie sich für die Gegenwart und die nächste Zukunft darstellt[17]. Dies ist offenbar die Regelung des OR[18].

bei Ring/Schachian, S. 35; Walter KÖNIG, Statut – Reglement – Observanz (Diss Zürich 1934) S. 19.

[14] FISCHER S. 88ff, 358; FEINE S. 78; WIELAND II S. 195 N. 17 (vgl. aber auch I S. 808); HAMBURGER, Organgesellschaft S. 291; FROWEIN S. 37; WEISS S. 529.

[15] SIEGWART, Komm. Art. 626 N. 33 S. 211.

[16] So auch etwa André HESS, Gegenstand und Zweck des Unternehmens, SJZ Bd. 35 (1938/39) S. 177f.

[17] SIEGWART, Komm. Art. 626 N. 34 S. 212.

[18] M. E. wäre die Unterscheidung von Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens die klarere Lösung als die vom OR in Art. 626 Ziff. 2 verwendete Umschreibung. Einmal würde dann die begriffliche Trennung von Gesellschaft und Unternehmen sauberer durchgeführt und die Statuten würden in dieser Beziehung

In der Literatur wird verschiedentlich die Meinung vertreten, die *Rechts- und Handlungsfähigkeit* sei bei der juristischen Person – im Gegensatz zur natürlichen Person – beschränkbar. So sagt Egger, die Rechtsfähigkeit der juristischen Person beruhe nicht auf innerer Notwendigkeit und könne deshalb auch Beschränkungen unterworfen werden, die für die Einzelperson ausgeschlossen seien[19]. Und zwar bestehe die Möglichkeit der Beschränkung sowohl auf Grund der Statuten, wie auch auf rechtsgeschäftlichem Wege[20]. Zum gleichen Schlusse kommt auch Bilge[21]: «Nous admettrons volontiers la conception selon laquelle le principe de la spécialité limite le champ d'action de la personne morale, en ce sens que celle-ci aura seulement la jouissance des droits qui lui sont indispensables pour réaliser les fins qu'elle se propose. L'idée contraire diminuerait de beaucoup la valeur des dispositions concernant la protection du but social (art. 74 CCS, 648 CO).» Weiter hinten faßt er seine Überlegungen folgendermaßen zusammen[22]: «Ainsi, nous concluons qu'une personne morale possède la faculté de restreindre sa capacité de jouissance des droits civils aussi bien par les statuts que par les contrats.» Ähnlich wie Egger argumentiert auch Joss, wenn er ausführt[23]: «Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person, eines Zweckgebildes ergibt sich nicht zwingend aus ihrem innern Wesen; sie kann deshalb bei der Gründung (oder mit Zustimmung aller Beteiligten auch noch später) den verschiedensten Beschränkungen unterworfen werden, die für die natürliche Person nicht möglich sind.»[24] Gegenüber Egger hält Joss dafür, daß eine Beschneidung der Rechtsfähigkeit durch obligatorisches Rechtsgeschäft unmöglich sei[25]: «Durch andere als Wesen und Bestand der Statuten betreffende Rechtsgeschäfte können wohl Abhängigkeitsverhältnisse ... begründet werden, die Rechtsfähigkeit der juristischen Person bleibt davon unberührt.» Beyeler

deutlicher. Es würde dadurch vor allem verhindert, daß für Zweck und Gegenstand nur eine einzige Angabe gemacht wird. Allerdings müßte in diesem Falle die large Praxis der Handelsregisterführer aufgegeben werden. Vgl. auch Kohli, spez. S. 49.

[19] Egger, Komm. Art. 53 N. 3, S. 361.

[20] Egger, Komm. Art. 53 N. 17, S. 366.

[21] Bilge S. 47.

[22] Bilge S. 52.

[23] Joss S. 127.

[24] Im gleichen Sinne auch Burckhardt, Einführung S. 123: «Die Rechtsfähigkeit wird bestimmt einerseits durch das Gesetz, andererseits durch das Statut.»

[25] Joss S. 127.

wiederum ist der Ansicht, daß der Zweck maßgebend sei für die Begrenzung der Handlungsfähigkeit der juristischen Person[26]. In den Art. 718/899 OR will er diese Beschränkung für alle Korporationen gesetzlich verankert sehen. Sodann glaubt er, es sei falsch, einen Unterschied zwischen der Handlungsfähigkeit der juristischen Person und der Vertretungsmacht der Organe zu machen[27]: «Die beiden Größen sind identisch, denn die juristische Person kann nur durch Organe handeln.» Ähnlich drückt sich auch Fischer aus[28]: «Alle Akte, die die Korporation außerhalb des Bereiches ihres Zweckes vornimmt, nimmt sie außerhalb des Bereiches ihrer Handlungsfähigkeit vor.»

B. Wesen und Umfang der Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person

Einzelpersonen und juristische Personen haben vom Gesetz gleichermaßen Persönlichkeit zugesprochen erhalten. Dies war die Grundlage für die Rechtsfähigkeit auch der juristischen Person, die in Art. 53 ZGB umschrieben ist. Dadurch sind die juristischen Personen aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur Voraussetzung haben. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen ist also der der physischen wesensgleich, wenn auch ihr Umfang nach der Natur der Sache nicht der gleiche sein kann. Eugen Huber erklärt deutlich[29]: «Sonach hat also auch die juristische Person Handlungsfähigkeit, und zwar gleich wie die Rechtsfähigkeit, nicht qualitativ verschieden von der der Einzelperson, sondern nur quantitativ.» Geht man von dieser Grundlage aus, so können die vorher zitierten Auffassungen nicht richtig sein. Denn könnte die Rechtsfähigkeit der juristischen Person beschränkt werden – sei es nun durch obligatorisches Rechtsgeschäft, sei es durch die Statuten –, so wäre sie nicht nur dem Umfang nach, sondern eben auch in ihrer Qualität eine andere als die der physischen Person. Noch ein anderes Argument spricht gegen die Möglichkeit der Beschränkung der Rechtsfähigkeit. Bei der Rechtsfähigkeit handelt es sich ja nicht um ein subjektives Recht, das durch das Rechtssubjekt, dem es

[26] Beyeler S. 33. So auch Burckhardt, Einführung S. 123; Mislin S. 103.
[27] Beyeler S. 35.
[28] Fischer S. 361.
[29] Eugen Huber, Erl S. 45.

zusteht, gestaltet und aufgehoben werden kann, sondern «um den vom Gesetz zwingend verordneten und verliehenen Rechtszustand und den Status als Rechtspersönlichkeit[30].» Ähnlich formuliert Joss[31]: «Die Rechtsfähigkeit des Menschen ist kein Recht, kann es begrifflich nicht sein; denn wenn sie selbst ein Recht wäre, würde sie, um den Menschen überhaupt zustehen zu können, sich selbst voraussetzen. Sie ist lediglich eine Rechtstatsache, und zwar eine ins Gesetz eingegangene, also noch schärfer formuliert: eine Gesetzestatsache.»[32]

Es kann die juristische Person von ihren Gründern wohl nach Belieben geschaffen und gestaltet werden, aber daß sich die Beteiligten über eine solche Gesetzestatsache sollten hinwegsetzen können, ist begrifflich eine Unmöglichkeit. Wenn Art. 27 Abs. 1 ZGB besagt, daß niemand auf seine Rechts- und Handlungsfähigkeit ganz oder zum Teil verzichten könne, so liegt dies eigentlich schon im Wesen der Begriffe Rechts- und Handlungsfähigkeit begründet. Dieser Satz gehört demnach im Grunde genommen zu Art. 11 ZGB als Teil einer begrifflichen Umschreibung der Rechtsfähigkeit und nicht zum subjektivrechtlichen Persönlichkeitsschutz der Art. 27 ff ZGB. Dieser Ansicht ist auch Joss[33], und es erscheint daher eigenartig, wenn er dennoch bei juristischen Personen eine Beschneidung der Rechtsfähigkeit durch die Statuten für möglich hält.

Die Bedeutung des Zwecks einer juristischen Person liegt darin, daß sie durch dessen Nennung kund gibt, welches Gebiet sie für die Entfaltung ihrer Tätigkeit gewählt hat; er hat insofern eine individualisierende Funktion. Darin liegt auch ein Schutz für die Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft, die wissen wollen, wem sie Kredit geben und wofür er verwendet wird. Fischer bezeichnet die Ordnung der Beziehung zwischen Aktionär und Korporation in ihrer Gesamtheit als ein Zwang zum Zweck[34]. Um dieses Zentrum Zweck bewegt sich die Tätigkeit der juristischen Person und bedeutet daher gleichzeitig auch eine Umschreibung der Vertretungsmacht der Organe. Das heißt nun aber noch nicht, daß damit auch irgendwie die Handlungsfähigkeit berührt und beeinflußt würde. Denn die Begriffe der Hand-

[30] Friedrich Endemann, Rechtsfähigkeit, Artikel bei Stier-Solmo/Elster Bd. 4 (1926) S. 652.

[31] Joss S. 128 N. 100.

[32] Ähnlich auch Melliger S. 17.

[33] Joss S. 128 N. 100.

[34] Fischer S. 341 f.

lungsfähigkeit und der Vertretungsmacht decken sich eben nicht. Wenn der Zweck besagt, daß die Gesellschaft sich auf ein bestimmtes Tätigkeitsgebiet beschränken will, so heißt das nicht, daß sie über diesen Zweck hinaus keine Geschäfte tätigen könne. Wollte man sich auf diesen Standpunkt stellen, so müßte man in jeder Übertretung der Vertretungsmacht eine Überschreitung der Handlungsfähigkeit sehen, und das Rechtsgeschäft wäre nichtig. Dies ist aber eine Konsequenz, die sich aus der Ultra-Vires-Theorie ergibt, die sich mit unserer schweizerischen Rechtsauffassung nicht deckt[35]. Es läßt sich doch sehr wohl die Möglichkeit denken, daß ein Organ einer juristischen Person ein zweckfremdes Geschäft abschließt. Das Geschäft braucht deswegen noch keineswegs nichtig zu sein; denn entweder genehmigt die juristische Person das Geschäft nicht, dann haftet das Organsubjekt persönlich, oder sie genehmigt es nachträglich, so wird es für sie rechtsgültig.[36]

Was den *Umfang der Rechtsfähigkeit* der juristischen Person betrifft, so ist Art. 53 ZGB in der Weise formuliert, daß Lehre und Rechtsprechung die Möglichkeit gelassen ist, den Erfordernissen des Verkehrslebens und den jeweiligen Zeitströmungen Rechnung zu tragen. Die Meinung Eugen Hubers geht dahin, daß die Rechtsfähigkeit der juristischen Person sich im allgemeinen auf die Vermögensrechte beschränke.[37] So sagt er etwa[38]: «Die von jeder menschlichen Eigenschaft losgelöste Rechtsfähigkeit vermag sich im wesentlichen nur vermögensrechtlich zu äußern.» Oder an anderer Stelle[39]: Die juristische Person sei natürlich nur insoweit deliktsfähig, als sie rechtsfähig sei, also nur nach der vermögensrechtlichen Seite und die Haftung könne nur soweit gehen, als sie in der Vermögensfähigkeit, also im Rahmen der Rechtsfähigkeit der Person gegeben sei. Demgegenüber scheinen sich aber die schweizerische Doktrin und Praxis in diesem Punkte, wenn auch vorsichtig, eher die Auffassung Gierkes zu eigen gemacht zu haben, dessen Ansicht zwar auch dahin geht, daß das

[35] Vgl. zur Ultra-Vires-Theorie etwa Clemens Schlink, Die Ultra-Vires-Lehre im englischen Privatrecht, in den Beiträgen zum ausl. und intern. Privatrecht, herausg. von Ernst Rabel (Berlin/Leipzig 1935); Hess S. 85 ff.

[36] Gl. M. auch Kronstein S. 36; von Steiger S. 284 a. A. M. Egger, AG im rev. OR S. 6; Tuor, S. 104; BGE 48 II 9 f, 42 II 5 ff.

[37] So auch etwa Haff, Institutionen S. 224; Burckhardt, Einführung S. 123.

[38] Eugen Huber, Erl S. 76.

[39] StenBull Bd. 15 S. 476.

eigentliche Betätigungsfeld der juristischen Person auf vermögensrechtlichem Gebiete liege, daß ihr aber darüber hinaus alle andern Rechte zukommen müßten, außer wenn sie zu deren Wesen in Widerspruch stünden.[40] So erklärt er[41]: «Die Verbandsperson ist rechtsfähig. Ihre Rechtsfähigkeit erstreckt sich gleich der der Einzelperson auf das öffentliche Recht und auf das Privatrecht und beschränkt sich im Privatrecht nicht auf das Vermögensrecht.» Bei allen diesen Überlegungen hat man sich aber vor jeder Anthropomorphisierung der juristischen Person zu hüten[42]. Die Auffassung Eugen Hubers scheint mir richtig, wenn er erklärt[43]: «Im allgemeinen wird man sagen können, daß die Rechtsfähigkeit der juristischen Person sich direkt auf die vermögensrechtliche Sphäre beschränkt oder indirekt sich nur insoweit äußern kann, als gewisse Dinge vermögensrechtlich abschätzbar sind.» Es wird diese Umschreibung m. E. auch für den Umfang des Persönlichkeitsschutzes der juristischen Person das Richtige treffen.

2. Abschnitt

Der Schutz der Persönlichkeit der juristischen Person

§ 9. Die Normen des Persönlichkeitsschutzes im Zivilgesetzbuch

Die *Freiheit* ist der fundamentale Gedanke unseres gesamten Privatrechtes[44]. Nur wenn das Recht diese Idee als Ausgangspunkt nimmt und von ihr sich leiten läßt, ist auch der Mensch in allen seinen Belangen und Betätigungen frei und kann seine Persönlichkeit voll zur Geltung bringen. Allerdings ist dieser Gedanke weder im ZGB noch im OR ausdrücklich festgehalten, aber aus deren ganzem Wesen und deren Gestaltung ist das Prinzip der persönlichen Freiheit erkenn-

[40] So auch etwa Hafter, Juristische Personen S. 76 und Komm. Art. 53 N. 7 S. 216.

[41] Gierke DPrR I S. 472.

[42] So hat z. B. Bauer immer wieder vor solchen Übertreibungen gewarnt. Vgl. insbes. Bauer S. 175 ff.

[43] Eugen Huber, Neues Recht S. 57.

[44] Eugen Huber, Erl S. 25 ff; Burckhardt, Organisation S. 9; Egger, Komm. Art. 27 N. 1 ff S. 216 f; August Egger, Die Freiheitsidee im schweizerischen Zivilrecht, in Freiheit des Bürgers S. 296 ff; Tuor S. 70; Oftinger, Vertragsfreiheit S. 316 ff.

bar[45], und so lassen denn auch die Bestimmungen über den Schutz der Persönlichkeit[46] die Privatautonomie als grundlegendes Prinzip unserer Rechtsordnung durchblicken. Aber so positiv der Begriff der Freiheit auch ist, es ruhen doch manche Gefahren in ihm; denn die

[45] So auch OFTINGER, Vertragsfreiheit S. 316.

[46] Zum Persönlichkeitsrecht vgl. allgemein die folgende Literatur: Emanuel ADLER, Die Persönlichkeitsrechte im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB Bd. 2 (Wien 1911, Manz) S. 163ff; Guido ADT, Vom Recht der Ehre (Diss Tübingen 1938); Hermann, AISSLINGER, Namensschutz nach Art. 29 ZGB (Diss Zürich 1948); BILGE S. 68ff; Alfons BORGER, Das Persönlichkeitsrecht ... (Diss Erlangen 1933); BÜRGI, Persönlichkeitsrechte; Georg COHN, Neue Rechtsgüter (Berlin 1902, Otto Liebmann); EGGER, Komm. Art. 27ff S. 215ff; C. Albrecht ENDRES, Persönlichkeitsschutz und Persönlichkeitsrecht... (Diss Bonn 1936); Ludwig FENSCH, Das Persönlichkeitsrecht des § 12 BGB (Diss Rostock 1926); FILIPPINI; GIERKE DPrR I S. 702ff; Hans GIESKER, Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre (Diss Zürich 1904); Gubert GRIOT, Das Recht am eigenen Körper auf Grund des Art. 28 ZGB (Diss Zürich 1921/22); HAFTER, Komm. Art. 27/28 S. 146ff; Ernst HELLER, Der privatrechtliche Schutz der Freiheit (Diss Jena 1917); Heinz HERMANN, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Diss Rostock 1935); Fritz HOCHSTRASSER, Verletzung persönlicher Güter durch Vertragsverletzung (Diss Zürich 1926); Eugen HUBER SPrR IV S. 281ff; Eugen HUBER, Erl S. 71ff; Eugen HUBER, Das neue Recht S. 16ff; Karl Heinz KIRCHHOF, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Diss Göttingen 1938); KÜNZLER; Jacques LADOR, Des droits strictement personnels (Diss Lausanne 1933); Max LUSTIG, Das Recht am bürgerlichen Namen (Diss Jena 1909); Josef MAUCZKA, Die Anwendung der Theorie der Interessenkollisionen auf die «angeborenen Rechte», in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB Bd. 2 (Wien 1911, Manz) S. 229ff; Josef MAUCZKA, Zur Lehre von den Persönlichkeitsrechten, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 39 (1912) S. 1ff; MELLIGER; Carl Robert MÜHLEMANN, Privatrecht und Graphologie (Diss Zürich 1945); Lorenz MÜLLER, Begriff und Existenz der Persönlichkeitsrechte nach geltendem Recht (Diss Würzburg 1916); Franz Mathis MUTZENBECHER, Zur Lehre vom Persönlichkeitsrecht (Diss Heidelberg 1910); Hans G. NUSSBAUM, Der persönliche Schutz gegen Namensmißbrauch und unbefugte Darstellungen (Diss Freiburg Freiburg i. Br. 1932); Marcel REGAMEY, La protection de la personnalité en droit civil (Diss Lausanne 1929); Fritz SCHULTE, Das Verhältnis des Persönlichkeitsrechts zur Unterlassungsklage (Diss Göttingen 1933); Dionysius Karl SIMON, Der Schutz der Persönlichkeitsrechte im Rahmen des § 823 Absatz 1 BGB (Diss Marburg 1932); SIMONIUS, Droits de la personnalité; SIMONIUS, Persönlichkeitsrechte; SPECKER; Alfred STEIGMEIER, Das Recht am eigenen Bilde (Diss Basel 1928 Maschinenschrift); H.W. THEEGARTEN, Das Problem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Diss Köln 1934); Franz ULSAMER, Zur Kritik der Lehre vom Persönlichkeitsrecht (Diss München 1910), Georges WAGEN, La théorie des droits de la personnalité et la notion de la concurrence déloyale (Diss Lausanne 1952); WIGET; Hilde WILLMUND, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Diss Köln 1938); Helmuth WOLFER, Das

Freiheit kann nur für alle Menschen bestehen bleiben, wenn sie nicht mißbraucht wird und jeder den andern in seinem Lebensbereich respektiert. Gerade bei der Rücksichtslosigkeit des heutigen Wirtschaftskampfes zeigt es sich sehr deutlich, daß die unumschränkte Freiheit zur Unfreiheit führen müßte und damit also gerade in ihr Gegenteil umschlagen würde. Aus diesem Grund müssen auch dieser allerdings mißverstandenen Freiheit Grenzen gesetzt werden, um sie in ihren negativen Auswirkungen abzuschwächen. Derartige Schranken zum Schutz der Persönlichkeit sind eine unumgängliche Notwendigkeit, auf die eine moderne Rechtsordnung nicht mehr verzichten kann.

Auch im ZGB und im OR finden sich Bestimmungen, die die persönliche Freiheit für alle in gleicher Weise gewährleisten sollen, indem sie den Auswüchsen in der Betätigung dieser Freiheit entgegentreten und dadurch der Persönlichkeit zu ihrer Existenz und Entfaltung einen gewissen Schutz bieten. Es soll nun in diesem Abschnitt hier der Schutz der Persönlichkeit behandelt werden, wie er sich aus den Art. 27 und 28 ZGB insbesondere für die juristischen Personen ergibt, während in den folgenden beiden Kapiteln das Problem dieses Schutzes der juristischen Person bei den Konzernen und Kartellen untersucht werden soll.

Ganz allgemein liegt die Bedeutung des Art. 27 ZGB darin, daß er die Persönlichkeit vor deren Träger selbst schützt, d. h. es wird durch eine Bestimmung zwingenden Rechtes festgelegt, daß auf die Persönlichkeit als solche oder auf wesentliche Elemente derselben nicht verzichtet werden könne. Es ist wohl möglich, seine Bewegungsfreiheit einzuschränken; aber es ist hier eine Grenze gesetzt, wie sie das Recht und die Sittlichkeit gebieten. Dem gegenüber bestimmt Art. 28 ZGB, daß sich niemand unbefugte Eingriffe in seine persönlichen Verhältnisse durch einen Dritten gefallen lassen muß, sondern gewährt generell bei Verletzung Klage auf Beseitigung der Störung oder unter bestimmten Voraussetzungen auch auf Schadenersatz oder Genugtuung und schützt so die Persönlichkeit gegen außen.

Verhältnis des Mißbrauchskriteriums zum Persönlichkeitsschutz im Wettbewerbsrecht (Diss Basel 1945 Maschinenschrift) S. 6 ff.

§ 10. Das Persönlichkeitsrecht im allgemeinen

Objekt des Persönlichkeitsschutzes ist die Persönlichkeit mit allen Rechten und Eigenschaften, die ihr Wesen ausmachen. So nennt Art. 27 Abs. 1 ZGB einmal die Rechts- und Handlungsfähigkeit, auf die niemand ganz oder zum Teil verzichten könne. Dieser Satz mag überflüssig erscheinen[47], da die Unveräußerlichkeit dieser beiden besonders wichtigen Merkmale der Persönlichkeit sich ja bereits aus deren Wesen ergibt und nicht erst aus der genannten Bestimmung[48]. Dieser Meinung ist im Grunde genommen auch Eugen Huber, wenn er in seinen Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB ausführt[49]: «Die Rechtsfähigkeit ist in dem Sinn eine allgemeine Eigenschaft der Persönlichkeit, daß sie notwendig mit ihr verknüpft wird. Daraus ergibt sich, daß sie auch nicht mit freiwilligem Verzicht preisgegeben werden darf.» Der Sicherheit halber hält er aber eine ausdrückliche Vorschrift doch für unerläßlich, wenn er sagt, es werde richtiger sein, den Grundsatz der Unveräußerlichkeit in einer allgemeinen Formel auszusprechen[50]. Noch ein anderer Grund spricht aber dafür, daß diese Bestimmung hier keineswegs überflüssig ist und auch durchaus am geeigneten Platze steht, und zwar folgender: Die Marginalien zu Art. 27 ff ZGB sprechen von Persönlichkeit. Mit diesem Begriff ist aber doch offenbar einerseits die Rechtspersönlichkeit gemeint – so in Art. 27 Abs. 1 – andererseits aber auch die physiologisch-psychologische Individualität oder der soziale Organismus, aus denen die persönlichen Güter entspringen – wie in Art. 27 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 1.[51] Dem gegenüber will Melliger hier unter Persönlichkeit nur den Inbegriff der persönlichen Güter verstehen[52], während Bilge dazu erklärt[53]: «Ce qui est aquis une fois pour toutes, c'est qu'il s'agit là de biens inhérents à la personne (sujet de droit) et non pas à l'individu.» Es ergibt sich aber eben aus dem Gesetzestext, daß hier die Persönlichkeit in ihrer gesamten Erscheinung erfaßt werden will

[47] So glauben vor allem Joss S. 128 N. 100 und Specker S. 209, man hätte darauf verzichten können.

[48] Vgl. dazu die Ausführungen vorn S. 48 ff.

[49] Eugen Huber, Erl S. 47 f.

[50] Eugen Huber, Erl S. 48.

[51] So auch Egger, Komm. Art. 28 N. 22, S. 242.

[52] Melliger S. 20.

[53] Bilge S. 69.

und dazu gehören sowohl die Rechts- und Handlungsfähigkeit wie auch die persönlichen Verhältnisse. Nachdem in den Ausführungen in § 8 dieser Arbeit[54] bereits gezeigt worden ist, daß die Rechts- und Handlungsfähigkeit wesensmäßig unbeschränkbar ist – auch die der juristischen Person –, erübrigt es sich, hier weiter auf dieses Problem einzutreten. Im folgenden wird daher der Begriff der persönlichen Verhältnisse oder persönlichen Güter und anschließend der Begriff des Persönlichkeitsrechtes kurz gestreift.

Der Ausdruck *persönliche Güter* ist in den Bestimmungen über den Schutz der Persönlichkeit zwar nicht zu finden, aber die dafür gewählten Ausdrücke lassen auf diesen Begriff schließen. So ist die Freiheit, von der Art. 27 Abs. 2 handelt, zweifellos ein Gut. Sie ist hier ausdrücklich genannt, weil sie eben ein bedeutungsvolles Gut darstellt, das auf den Bestand der Persönlichkeit von ganz wesentlichem Einfluß ist. Aber auch bei den persönlichen Verhältnissen, die in Art. 28 Abs. 1 als schutzbedürftig erachtet werden, handelt es sich um Güter. Das Wort Verhältnis ist eben hier nicht in der ursprünglichen Bedeutung, im Sinne einer Beziehung zu verstehen; denn es ist ja nicht eine Beziehung, sondern regelmäßig ein Gut Gegenstand des Schutzes und daher sind offenbar einfach die persönlichen Güter gemeint[55]. Auf den Begriff des persönlichen Gutes soll hier nicht weiter eingetreten werden; es sei nur kurz nach SPECKER definiert, als dasjenige Mittel der Bedürfnisbefriedigung, das kraft seines Wesens einer bestimmten Person immanent ist[56].

Die Bestimmungen über den Schutz der Persönlichkeit gewähren jedermann ein subjektives Recht auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit. Dies ist das *Persönlichkeitsrecht*[57], das SPECKER definiert als dasjenige Recht, das allen andern Personen gegenüber an der eigenen Person in bezug auf ihre Persönlichkeitsgüter besteht[58].

[54] vorn S. 45ff.

[55] Vgl. etwa SPECKER S. 42ff; VOGT S. 24; HOCHSTRASSER S. 27f; MELLIGER S. 19f; EGGER, Komm. Art. 28 N. 22 S. 242; BILGE S. 68f; MÜHLEMANN S. 25f; FILIPPINI S. 17f; BÜRGI, Persönlichkeitsrechte S. 7.

[56] Vgl. dazu die Ausführungen bei SPECKER S. 36ff, 44ff und die dort zitierte Literatur.

[57] Der Ausdruck Individualrecht, dem man in Doktrin und Praxis immer wieder begegnet, scheint mir nicht ganz das Richtige zu treffen, weil er die juristischen Personen, denen eine eigentliche Individualität fehlt, nicht mitumfassen kann. So auch BILGE S. 69 N. 24.

[58] SPECKER S. 49.

Wenn verschiedene Autoren[59] der Ansicht sind, vom Standpunkt der persönlichen Güter aus betrachtet könne wohl auch von Einzelpersönlichkeitsrechten gesprochen werden, d. h. etwa vom Recht auf Leben, vom Recht auf Freiheit, auf Ehre usw. und es seien in diesem Falle soviele Persönlichkeitsrechte anzuerkennen, wie es persönliche Güter gebe, so scheint mir dies nicht ganz richtig zu sein. Es wäre nur dann richtig, wenn man von der Annahme ausgehen könnte, die Summe der persönlichen Güter sei gleich der Persönlichkeit. Nun geht aber die Persönlichkeit über die Gesamtheit der persönlichen Güter hinaus. Werden solche Güter verletzt, so muß damit eben auch die Persönlichkeit selbst verletzt sein, sonst muß der Persönlichkeitsschutz versagen. Sodann ist auch zu bedenken, daß man wohl eine Liste der persönlichen Güter, die heute gerade als schutzbedürftig betrachtet werden, aufstellen kann, daß aber eine derartige Aufzählung innert kurzer Zeit schon überholt sein könnte, indem gewisse Güter neu hinzugekommen sind und für andere wieder das Schutzbedürfnis weggefallen ist. Das Persönlichkeitsrecht stellt also wesensmäßig immer ein Recht an der Person in bezug auf ihre persönlichen Zustände als Leben, Freiheit, Ehre usw. dar[60], und daher ist es m. E. zweckmäßiger, von nur *einem* allgemeinen Persönlichkeitsrechte zu sprechen[61].

§ 11. Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person

Daß auch die juristische Person, wenn ihr schon Persönlichkeit zuerkannt wird, den Schutz der Persönlichkeit muß beanspruchen können, ist bereits gesagt worden. Der Umfang des Schutzes wird im wesentlichen davon abhangen, wie weit man der juristischen Person gegenüber in der Zusprechung der Rechtsfähigkeit gehen will. Im allgemeinen wird auch hier im Sinne GIERKES vorgegangen[62]: «Die Individualrechtsfähigkeit der Körperschaft äußert sich vor allem in ihrer Vermögensfähigkeit. Doch erschöpft sie sich keineswegs in der Vermögensfähigkeit. Vielmehr sind der Körperschaft auch indivi-

[59] Vor allem SPECKER S. 48; ihm folgend etwa VOGT S. 25f; MELLIGER S. 23; MÜHLEMANN S. 25; FILIPPINI S. 19; TUOR S. 70; SCHAFFNER S. 6; auch Eugen HUBER, Das neue Recht S. 16.

[60] SPECKER S. 48.

[61] So auch EGGER, Komm. Art. 28 N. 47 S. 253f; SIMONIUS, Persönlichkeitsrechte S. 283.

[62] GIERKE DPrR I S. 515, ähnlich GenTh S. 145.

duelle Persönlichkeitsrechte zugänglich.» Eine eigenartige Haltung nimmt Egger diesem Problem gegenüber ein, die sich nur aus seinem Begriff der Rechtsfähigkeit der juristischen Person als einer relativen Größe heraus verstehen läßt. Einerseits will er den Schutz der Persönlichkeit nicht nur in seiner ökonomischen Bedeutung gewähren, sondern schließt sich der Forderung des Bundesgerichts[63] auf Anerkennung eines allgemeinen Anspruches auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit an[64]. Andererseits kann er aber, ausgehend von der Beschränkbarkeit der Rechtsfähigkeit auf Grund des Statuts oder durch obligatorisches Rechtsgeschäft, erklären[65]: «Die Begründung von Abhängigkeitsverhältnissen (Interessengemeinschaften, Organgesellschaften, Tochtergesellschaften u. a.) ist somit möglich. Der Persönlichkeitsschutz als solcher entfällt. Vorbehalten bleiben die allgemeinen Anforderungen der Rechtsordnung.» Die Gründe, die mich dazu geführt haben, die Rechtsfähigkeit wesensmäßig für unbeschränkbar aufzufassen, führen mich auch zur Ablehnung dieser Auffassung des Persönlichkeitsschutzes der juristischen Person. Hinzu kommt, daß, wenn überhaupt der Persönlichkeit schon von Gesetzes wegen ein Schutz zugesprochen ist, dieser Schutz doch schlechthin Gültigkeit haben muß, und es kann nicht die Rede davon sein, daß ein Teil der juristischen Personen den Schutz der Persönlichkeit von vorneherein nicht für sich soll in Anspruch nehmen können, ganz abgesehen von der Schwierigkeit, ein geeignetes Kriterium aufzustellen, in welchem Moment dieser Schutz erlöschen soll. Egger erklärt auch, daß die konzernmäßige Bindung vor den allgemeinen Anforderungen der Rechtsordnung Halt machen müsse und verweist anschließend auf die öffentliche Ordnung[66]. Zu den allgemeinen Anforderungen der Rechtsordnung gehört aber ebensosehr wie die öffentliche Ordnung auch das Persönlichkeitsrecht. Darum entfällt der Schutz als solcher eben nicht, kann nicht entfallen, solange überhaupt die Persönlichkeit zu Recht besteht. So kann Specker etwa sagen[67]: «Was die Persönlichkeitsrechte betrifft, so sind solche Ungleichheiten, hervorgehend aus der Verschiedenheit des Geschlechts, des Alters, ... unserem Rechte fremd. Auch die Tatsache, ob eine natürliche oder juristische

[63] BGE 31 (1915) 246.
[64] Egger, Komm. Art. 53 N. 9 S. 363.
[65] Egger, Komm. Art. 53 N. 17 S. 366.
[66] Egger, Komm. Art. 53 N. 17 S. 366.
[67] Specker S. 135.

Person in Frage steht, bleibt bedeutungslos, indem mit der Existenz eines tauglichen Objekts[68] auch die Rechtsfähigkeit der juristischen Person gegeben ist.» Daraus kommt er zum Schlusse[69]: «Die allgemeinen Persönlichkeitsrechte ... erwirbt das Subjekt als originäre gesetzliche Rechte kraft der bloßen Tatsache der Rechtspersönlichkeit.» Der allgemeinen Forderung Eggers wird man hingegen zustimmen können, daß die Rechtsordnung der juristischen Person alle jene Rechte nicht versagen dürfe, unter deren Mangel sie im Rechtsverkehr leiden müßte[70].

Will man eine Zusammenstellung der verschiedenen Typen von persönlichen Gütern, die auch der juristischen Person zukommen können, sich schaffen, so ist man gezwungen, auf Art. 53 ZGB zurückzugreifen, d. h. es ist ein solches System immer wieder daraufhin zu untersuchen, ob dessen einzelne Teile nicht mit dieser Bestimmung kollidieren, also ob sie nicht etwa die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur Voraussetzung hätten. Eugen Huber meint zu diesem Problem[71]: «Angriffe auf ihre Persönlichkeit sind möglich, insofern sie ökonomische Folgen haben.»

Einen ausführlichen Katalog der *persönlichen Güter* hat Egger in seinem Kommentar gegeben. Näher darauf einzutreten ist daher nicht notwendig. Es seien nur einige Gruppen von Gütern kurz genannt, die auch für die juristische Person von Bedeutung sein können[72]. So sind zunächst einmal die Kennzeichengüter zu nennen, die vor allem Name und Firma umfassen, aber auch Geschäftsbezeichnung, Warenzeichen, Herkunftsbezeichnung, Ausstattung usw. mit einschließen. Sodann soll auch die Geheimsphäre der juristischen Person geschützt sein, insbesondere Eigentümlichkeiten der Organisation des Unternehmens, Bezugsquellen, Verzeichnisse der Kunden, auch Fabrikationsgeheimnisse. Auch Ehrengüter können der juristischen Person zukommen, deren Schutz sich aber im wesentlichen ebenfalls namentlich bei den Erwerbsgesellschaften auf die Ehre in ihrer ökonomischen

[68] Specker S. 133 f.

[69] Specker S. 135.

[70] Egger, Komm. Art. 53 N. 9 S. 363; auch Bilge S. 69.

[71] Exp. Komm. S. 34. Ähnlich Burckhardt, Einführung S. 123, der das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person nur dort gelten läßt, wo es mit der gemeinschaftlichen Geschäftsführung zusammenhängt.

[72] Vgl. dazu etwa Specker S. 127 ff, 53 ff; Egger, Komm. Art. 53 N. 10 ff S. 363 f, Art. 28 N. 30 ff S. 246 ff; Bilge S. 70 ff.

Bedeutung beschränken wird.[73] Dasjenige persönliche Gut, das für die Existenz der juristischen Person von ausschlaggebender Bedeutung ist, ist die Freiheit in ihrer wirtschaftlichen Gestalt, die Freiheit in bezug auf die Befriedigung ökonomischer Bedürfnisse. Diese Betätigungsfreiheit ist nun nichts anderes als die Vertragsfreiheit, und da sie das grundlegende Prinzip unserer Privatrechtsordnung ist, muß ihr auch in besonderem Maße ein Schutz zuteil werden, der ihre Erhaltung sicherstellt. Und am Schutze dieses Gutes muß auch die juristische Person Anteil haben. Denn die juristische Person ist ja regelmäßig zu wirtschaftlicher Betätigung bestimmt und ist daher in besonderem Maße gerade in dieser Beziehung auf den Persönlichkeitsschutz angewiesen.

Das Persönlichkeitsrecht, soweit es die wirtschaftliche Betätigung der juristischen Person schützt, hat ja nichts zu tun mit einem Recht am Unternehmen, es bezieht sich nicht auf ein Vermögensgut, sondern auf ein persönliches Gut. Daß dieses persönliche Gut tatsächlich auch seine wirtschaftlichen Auswirkungen hat, ändert an dieser Feststellung nichts. Für die Verhältnisse bei den Unternehmenzusammenfassungen im besonderen heißt dies also, daß die juristische Person zwar eben nicht ein Recht am Unternehmen geltend machen kann, daß ihr aber ein Persönlichkeitsrecht in bezug auf die Freiheit und Selbständigkeit der Unternehmensführung zukommt[74]. Die persönliche, selbständige Bestimmung über das eigene Unternehmen ist also ein persönliches Gut.

Diese Privatautonomie unterliegt schon von Gesetzes wegen gewissen Beschränkungen, die aber in der Regel die Aufgabe haben, allen Rechtssubjekten die gleiche Freiheit zu sichern und zu erhalten. Neben dieser gesetzlichen Beschneidung lassen sich nun alle diese Güter der juristischen Person durch Rechtsgeschäft einschränken. Einerseits gilt im Hinblick auf die Vertragsfreiheit, daß gerade durch deren Betätigung das Subjekt, um überhaupt seine Existenz zu erhalten, sich muß verpflichten können, in einem bestimmten Bereich seine Freiheit nicht zur Geltung bringen zu wollen. Hier sind nun aber Grenzen gesetzt, d. h. jede dieser Beschränkungen muß sich

[73] So auch Eugen Huber, Erl S. 58. A. M. etwa Specker S. 128 ff; Egger, Komm. Art. 53 N. 11 S. 364, Art. 28 N. 35 ff S. 248 ff; Bilge S. 72 f; Tuor S. 101.

[74] Egger, Komm. Art. 28 N. 10 S. 237 f, N. 28 S. 245 und N. 63 ff, insb. N. 66 S. 259 ff, nennt dieses Persönlichkeitsgut etwas allgemeiner «Anspruch auf Wettbewerbsbefugnis».

unter Umständen eine Überprüfung durch die von der Sittlichkeit gebotenen Normen gefallen lassen. Andererseits ist die Persönlichkeit in ihren persönlichen Gütern Angriffen und Verletzungen von Dritten, die ihre eigene Freiheit betätigen wollen, ausgesetzt. Diese Verletzungen sind jeweils daraufhin zu untersuchen, ob sie auch das Persönlichkeitsrecht verletzen und damit also widerrechtlich zugefügt wurden.

§ 12. Die Grenzen des Persönlichkeitsrechtes

Es ist eben kurz darauf hingewiesen worden, daß eine Verletzung persönlicher Güter unbefugt zugefügt sein muß, soll der Persönlichkeitsschutz wirksam werden können. Dabei ist davon auszugehen, daß im Ausdruck ‚unbefugterweise' des Art. 28 Abs. 1 ZGB bereits enthalten ist, welche Verletzungen als befugt und welche als unbefugt zu betrachten sind[75].

Was den *Begriff der Widerrechtlichkeit*[76] anbetrifft, so spiegelt dieser Ausdruck in seiner sprachlichen Bedeutung auch den Inhalt des juristischen Begriffes wider; eine Verletzung muß sich wider das Recht richten, wenn sie als widerrechtlich befunden werden soll. Es wird infolgedessen von Rechtswidrigkeit immer dann gesprochen – nach der objektiven Theorie –, wenn eine Rechtsnorm verletzt wird. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob sich der Verstoß gegen eine Norm des gesetzten Rechtes oder gegen eine Norm, wie sie das ungeschriebene Recht aufstellt, richtet; es ist einfach eine Norm gemeint, die aus der Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit, so wie sie in einem bestimmten Moment in Geltung steht, stammt.

Bei der *Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Verletzung persönlicher Güter* – die hier allein von Interesse ist – oder anders ausge-

[75] Vgl. dazu namentlich Specker S. 194, 221 ff.

[76] Armin Eduard Baader, Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 I OR unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit (Diss Basel 1947 Maschinenschrift); Becker Art. 41 N. 36 ff S. 212 ff; Ernst Känzig, Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechtes unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit (Diss Bern 1939); Karl Oftinger, Haftpflichtrecht Bd. 1 Allgemeiner Teil (Zürich 1940 Polygr. Verlag) S. 94 ff; Oser/Schönenberger Art. 41 N. 8 ff S. 279 ff; Paul Pfister, Fragen aus dem Gebiet der Widerrechtlichkeit (Diss Zürich 1925); Schaffner S. 13 ff; Specker S. 7 ff; von Tuhr/Siegwart S. 349 ff; Vogt S. 14 ff; Zitelmann.

drückt, wann der Schutz der Persönlichkeit in Funktion treten könne und wann er ohne Wirkung bleiben müsse, ist jeweils zu untersuchen, ob mit der Verletzung des persönlichen Gutes zugleich auch das Persönlichkeitsrecht verletzt sei oder ob eine Verletzung überhaupt nicht möglich sei, weil das Persönlichkeitsrecht inhaltlich nicht so weit reiche. Es zeigt sich also, daß die Feststellung der Widerrechtlichkeit mit dem Problem, den Umfang des Persönlichkeitsrechts zu bestimmen, sich deckt.[77]

Da der Schutz eines persönlichen Gutes regelmäßig eine Wertminderung der übrigen Persönlichkeitsgüter zur Folge hat und ein übermäßiger Schutz einzelner Güter namentlich der Betätigungsfreiheit abträglich ist, kann der Persönlichkeitsschutz wesensmäßig nicht unbeschränkt Geltung beanspruchen. Auch hier wie etwa beim Eigentum – sind die Schranken der Rechtsordnung von Bedeutung für die inhaltliche Begrenzung des Persönlichkeitsrechtes. Es gilt hier die Interessenlage, wie sie sich zwischen Verletzer und Verletztem ergibt, zu berücksichtigen. Wenn man daraus zum Schlusse kommt, eine Verletzung sei befugt, so kann das nicht bedeuten, es handle sich um einen Ausschluß der Widerrechtlichkeit[78], sondern man gelangt zu diesem Ergebnis aus der Überlegung heraus, daß das subjektive Recht überhaupt nicht verletzt worden sei, weil es inhaltlich nicht so weit reiche[79]. Aus diesem Grund kann dabei genau genommen auch nicht von einem vorübergehenden Außerkrafttreten der Norm gesprochen werden[80]; denn wenn die Voraussetzungen zum Resultat geführt haben, das subjektive Recht sei nicht verletzt, so will das heißen, daß bei gleichen Voraussetzungen die Norm nie in Kraft getreten ist und nie in Kraft treten wird, daß sie also überhaupt nicht zur Geltung kommen kann und daher für diesen Fall nicht paßt, weil ihr Inhalt eben gar nicht so weit geht.[81]

[77] Dazu Egger, Komm. Art. 28 N. 53 ff S. 252 ff.

[78] So spricht Specker S. 190 ff in diesem Zusammenhang vom Ausschluß der Widerrechtlichkeit.

[79] Egger, Komm. Art. 28 N. 54 S. 256; Mühlemann S. 52 f.

[80] Specker S. 192 sagt, daß die Norm außer Kraft trete, um unter anderen Voraussetzungen sogleich wieder in Kraft zu treten; eigenartiger Weise auch Mühlemann S. 53.

[81] Analog erklärt Egger, Komm. Art. 4 N. 12 S. 90: «Auch der Ermessensentscheid trägt in sich den Anspruch, daß in gleichen Fällen wieder gleich entschieden werde.»

Wenn nun der Weg zur Bestimmung des *Umfangs des Persönlichkeitsrechtes* verdeutlicht werden soll, so ist zunächst davon auszugehen, daß die Aufgabe, diese inhaltliche Umgrenzung festzulegen, dem Richter zufallen muß, es sei denn, das positive Recht habe sich bereits über die Befugtheit oder Unbefugtheit einer Verletzung ausgesprochen. Wenn der Richter dabei gemäß Art. 1 ZGB nach derjenigen Regel zu entscheiden hat, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, so hat er sich dabei immer an den Grundlagen unseres Privatrechts, also an den Prinzipien der Freiheit und der Rechtsgleicheit zu orientieren[82]. Handelt es sich dabei um das Persönlichkeitsrecht einer juristischen Person, so erscheint es überdies notwendig, dabei immer wieder auch auf das Wesen der juristischen Person an sich und die Besonderheiten der einzelnen juristischen Person zurückzugreifen. Und hier ist es nun schon so, daß, wie Eugen HUBER sagt[83], bei der juristischen Person sehr wohl von der Verletzung der persönlichen Güter die Rede sein könne, wenn diese Verhältnisse eben nur die Beziehungen nach außen umfaßten und wenn man darunter nur das Verhältnis zu den Dritten im Verkehr verstanden wissen wolle. Daraus ergibt sich nun ein zweites Kriterium für die Feststellung des Umfangs des Persönlichkeitsrechtes der juristischen Person: Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß der Begriff der juristischen Person nicht als etwas Absolutes betrachtet werden kann[84]. Diese Relativität resultiert nun aber nicht etwa nur aus der Verschiedenheit der vom Gesetz vorgesehenen Typen, sondern ergibt sich namentlich daraus, daß – auch innerhalb dieser Gruppen – die einzelnen juristischen Personen sich außerordentlich stark von einander unterscheiden können. Die Grundlage dieser Verschiedenheit liegt in der Zwecksetzung, die ja der juristischen Person wesentlich ist, und daher ist gerade die Art der Zweckwidmung für den Umfang des Persönlichkeitsrechtes beachtlich[85]. Neben dieser individualisierenden Tätigkeit hat der Richter aber auch eine Interessenabwägung vorzunehmen, analog derjenigen, den Art. 2 ZGB als Kriterium für die Bestimmung des Rechtsmißbrauches dient. Dieses Problem der Beur-

[82] In diesem Sinn vor allem auch GUISAN, S. 161 ff, insb. 167 ff.

[83] Eugen HUBER, Neues Recht S. 57.

[84] Vorn S. 42 ff.

[85] Gerade etwa im Gegensatz zur Handlungsfähigkeit, die durch die Zwecksetzung in keiner Weise beeinflußt wird; vgl. dazu vorn S. 48 ff.

teilung einer Interessenlage[86] weist nun zwei Seiten auf. Einmal stellt sich die Frage, ob der Verletzte überhaupt ein genügend schutzwürdiges Interesse an der Unverletzlichkeit hat oder haben kann. Fehlt bei ihm ein sachliches Interesse oder ist dessen Bedeutung gering, so decken sich eben persönliches Gut und Persönlichkeitsrecht nicht, und der Schutz entfällt. Sodann ist aber auch das Interesse des Verletzers zu berücksichtigen. Kann er ein wesentliches Interesse geltend machen, und erweist sich der Zweck der Verletzung als richtig und sind auch die Mittel proportional zu diesem Zweck, so geht eben das Persönlichkeitsrecht des Verletzten nicht so weit, wie seine persönlichen Güter und der Schutz muß ebenfalls entfallen. Was nun den Zweck einer Handlung betrifft, so bedeutet er hier eben das Bedürfnis, das durch diese Handlung befriedigt werden soll, und beim Mittel handelt es sich einfach um die Verletzung von Gütern[87]. Infolgedessen ist die Verletzung eines persönlichen Gutes nicht widerrechtlich, wenn sie in Wahrnehmung berechtigter Interessen vorgenommen wird, wenn also die Verletzungshandlung richtiges Mittel zu richtigem Zwecke ist.

§ 13. Die Schranken der Vertragsfreiheit

A. Die Sittlichkeit im allgemeinen

Nachdem in den vorhergehenden Paragraphen die Grundsätze und die Grenzen des Persönlichkeitsrechtes, so wie sie in Art. 28 ZGB enthalten sind, dargelegt wurden, bleibt noch das Problem des Art. 27 ZGB zu behandeln, also wo die Grenzen der Beschränkung des Persönlichkeitsrechtes liegen, d. h. inwieweit rechtsgeschäftliche Bindungen für die Persönlichkeit tragbar sind.[88] Diesen Fragenkomplex glaubt Specker bereits in Art. 28 ZGB gelöst zu wissen, wenn er bei der Be-

[86] Vgl. dazu Egger, Komm. Art. 28 N. 55 ff S. 256 ff; Simonius, Persönlichkeitsrechte S. 290; Künzler S. 42 ff; ausführlich Specker S. 221 ff.

[87] Dazu Specker S. 224 ff.

[88] Zu den Schranken der Vertragsfreiheit vgl. etwa folg. Literatur: Becker Art. 41 N. 47 ff S. 284 ff; Egger, Komm. Art. 27 N. 9 ff S. 219 ff; F. Fick, Die Sittlichkeit als Grenze der Vertragsfreiheit, SJZ Bd. 10 (1913/14) S. 281; Max Fischer, Der Begriff der Vertragsfreiheit (Diss Zürich 1952) S. 88 ff; Oskar Holer, Die Einwilligung des Verletzten (Diss Zürich 1906); Oftinger, Vertragsfreiheit S. 324 ff; Oser/Schönenberger Art. 41 N. 47 ff S. 215 ff; Schaffner; Edwin Schweingruber, Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei (Diss Bern 1930); Specker S. 195 ff; Zitelmann; Emil Zürcher, Die Grenzen der Vertragsfreiheit (Diss Zürich 1902).

handlung der rechtsgeschäftlichen Verletzungsbefugnis von diesem Art. 27 etwa sagt[89]: «Die Bestimmung wäre entbehrlich gewesen; denn bei der richtigen Methode beantwortet sich ... die Frage nach den Grenzen der Einwilligung ganz von selbst. Gerade der Mangel einer richtigen Methode war es eben, der die Fehlgriffe der bisherigen Theorien sowohl auf straf- wie auf zivilrechtlichem Gebiete verschuldet hat – Theorien, deren Gipfelpunkt jene bedeutet, die schon den Begriff der einzelnen Güterverletzung mit einem Seitenblick auf das Einwilligungsproblem formuliert.» Daß die Lösung des Einwilligungsproblems bereits in der Lehre vom Persönlichkeitsrecht enthalten ist, ist SPECKER durchaus zuzugeben. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit bin ich aber doch der Auffassung, es sei wertvoller, die beiden Problemkreise, den der Unverletzlichkeit und den der Unveräußerlichkeit, im Gesetz getrennt formuliert zu haben; denn es erscheint durchaus wahrscheinlich, daß der interne Schutz, den Art. 27 ZGB gewährt, in der Praxis mit noch geringerer Wirkung gehandhabt worden wäre und würde, als dies tatsächlich der Fall ist, wenn nur auf Art. 28 abgestellt werden müßte.

Das Problem des Art. 27 Abs. 2 ZGB ist das Problem der Einwilligung, und das bedeutet, daß die Voraussetzung dafür, daß diese Bestimmung wirksam werden kann, nur dann gegeben ist, wenn ein Verzicht auf ein Gut vorliegt.[90] Dieser Verzicht ist der Form nach als ein einseitiges Rechtsgeschäft zu betrachten.[91] Die Schranken der Einwilligung sind dieselben, wie diejenigen der Vertragsfreiheit im allgemeinen.[92] Denn die Einwilligung stellt ja nur eine besondere Art aus dem Gebiet der Rechtsgeschäfte dar und hat sich infolgedessen nach denselben Regeln zu richten wie die Vertragsfreiheit. Es handelt sich hier also um ein Problem der Vertragsfreiheit. Diese hat Gültigkeit für alle Arten von Rechtsgeschäften, seien es nun Verträge, einseitige Rechtsgeschäfte, Generalversammlungsbeschlüsse usw. Art. 27 beschränkt den Schutz nicht nur auf eine oder mehrere

[89] SPECKER S. 209.

[90] Vgl. dazu etwa KÜNZLER S. 30 ff.

[91] Die Meinung, bei der Einwilligung handle es sich um ein Rechtsgeschäft, wird vor allem etwa vertreten von ZITELMANN S. 47 ff; SPECKER S. 195 ff; OSER/SCHÖNENBERGER Art. 41 N. 22 ff S. 284 ff; EGGER, Komm. 28 N. 70 S. 263; VON TUHR/SIEGWART I S. 358 f; BECKER Art. 41 N. 47 S. 215.

Demgegenüber vertreten die Rechtshandlungstheorie etwa MEZGER, Strafrecht (München/Leipzig 1933 2. A.) S. 208; KÄNZIG S. 146 ff; HAFTER, Strafrecht S. 168 f.

[92] So auch EGGER, Komm. Art. 28 N. 70 S. 263, Art. 27 N. 5 S. 218.

Arten von Rechtsgeschäften, sondern richtet sich ganz allgemein gegen Beschränkungen und Verzichte[93]. Ebenso sind gemäß Art. 7 ZGB auch die allgemeinen Bestimmungen des OR auf sämtliche Rechtsgeschäfte anwendbar.[94]

Daß die Vertragsfreiheit durch die Rechtsordnung mancherlei Beschränkungen unterworfen ist, ergibt sich schon aus ihrem Wesen, nämlich weil die Freiheit überhaupt nur bestehen kann, wenn sie in gewisse Schranken gewiesen wird. So sagt Oftinger, die Rechtsordnung müsse sich immer vorbehalten, die Vertragsfreiheit nur im Rahmen der von ihr zu steckenden Grenzen zuzulassen, gleich wie sie die subjektiven Rechte durch Schranken und komplementäre Pflichten näher umschreibe[95].

So ist der Gesetzgeber also gezwungen, hier gewisse Grenzen festzulegen, einerseits zum Schutze des Einzelnen und andererseits zum Schutze der Gemeinschaft.[96] Er stellt diese Schranken auf, indem er eine Interessenabwägung vornimmt und ein abschließendes Werturteil aufstellt, dem zwingender Charakter zukommt. In den meisten Fällen wird es die Aufgabe des Richters sein, den zwingenden Charakter einer Gesetzesbestimmung festzustellen; in anderen Fällen bezeichnet das Gesetz selbst, ob eine Vorschrift als zwingend zu betrachten ist oder nicht. Darauf ist hier nicht näher einzutreten.

Neben diesen Schranken des Gesetzes sind nun aber wesentlich die Schranken, die das ungeschriebene Recht aufstellt. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, daß sich die Begriffe des ungeschriebenen Rechtes und der Sittlichkeit vollständig decken[97], und es ist daher nicht ganz richtig, wenn Art. 19 Abs. 2 OR die Ausdrücke öffentliche Ord-

[93] Vgl. dazu Egger, Komm. Art. 27 N. 5 S. 218, Art. 7 N. 8 ff S. 114.

[94] Für die Generalversammlungsbeschlüsse vgl. etwa BGE 51 (1925) II 70: «Denn trotz ihres Charakters als einseitiger rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen sind die Entlastungsbeschlüsse der Generalversammlungen hinsichtlich ihrer Rechtswirksamkeit als unter den allgemeinen Bestimmungen des OR über die zweiseitigen Rechtsgeschäfte stehend zu betrachten, zumal da Art. 7 ZGB diese Vorschriften als auf andere zivilrechtliche Verhältnisse anwendbar erklärt, und demgemäß, mutatis mutandis, wie obligationenrechtliche Verträge wegen Rechtswidrigkeit oder Verstoßes gegen die guten Sitten anfechtbar.»

Für Statutenbestimmungen vgl. etwa BGE 44 (1918) II 81. Dazu auch Ehrbar und Schaffner.

[95] Oftinger, Vertragsfreiheit S. 318.

[96] Dazu vor allem Oftinger, Vertragsfreiheit S. 319 f; auch Pfister S. 55 f.

[97] Egger, Komm. Art. 27 N. 22 S. 224; Wiget S. 114.

nung, gute Sitten und Recht der Persönlichkeit auf dieselbe Stufe stellt. Die Aufgabe des ungeschriebenen Rechts ist nun die gleiche wie diejenige des gesetzten Rechts, nämlich der Schutz der Gemeinschaft und der Schutz der Persönlichkeit.[98] Diese beiden Begriffe sind geeignet, die Forderungen der Sittlichkeit[99] zu erfüllen. Während aber beim gesetzten Recht der Gesetzgeber die Interessenabwägung bereits vorgenommen hat, ist es dagegen im ungesetzten Recht die Aufgabe des Richters, den Interessenkonflikt nach den Regeln der richterlichen Rechtsfindung zu lösen. Es ist hier aber zu betonen, daß mit dem Verweis auf die Sittlichkeit keineswegs auf außerrechtliche Normen verwiesen wird, sondern eben einfach auf das gesamte ungeschriebene Recht. Der Richter hat in diesem Fall zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft über die Schranken des Persönlichkeitsrechts oder die Schranken der öffentlichen Ordnung hinausgehe und damit gegen die Sittlichkeit verstoße.

B. Persönlichkeitsrecht und öffentliche Ordnung

Von den beiden Wertsphären, die den materiellen Gehalt der Sittlichkeit ausmachen, ist nun zunächst das *Persönlichkeitsrecht* kurz darzustellen, und zwar in seiner Bedeutung als Schranke der Vertragsfreiheit. Das Wesentliche über die Lehre vom Persönlichkeitsrecht ist bereits behandelt worden, so daß hier nur noch allgemein auf dessen Beschränkbarkeit hingewiesen sei.

Ein genereller Verzicht auf persönliche Güter ist in jedem Falle ungültig[100], und zwar bei der juristischen Person genau gleich wie bei der natürlichen Person. Es gibt kein Persönlichkeitsgut, auf das gültig verzichtet werden könnte. Ganz anders die Beschränkung im Gebrauch. Diese ist im gesamten wirtschaftlichen und sozialen Leben

[98] Für die gesetzliche Begründung der Aufteilung der Sittlichkeit in öffentliche Ordnung und Persönlichkeitsrecht vgl. WIGET S. 141 ff.

[99] Zum Begriff der Sittlichkeit als Schranke der Vertragsfreiheit vgl. etwa: ZITELMANN S. 72 ff; Philipp LOTMAR, Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht (Leipzig 1896, Duncker & Humblot); Konrad HAGEN, Die guten Sitten als Rechtsbegriff, in Gruchots Beiträgen Bd. 52 (1908) S. 497 ff; Ernst ECKSTEIN, Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbes. Verträgen, im Archiv für bürgerliches Recht, herausg. von Kohler/Ring/Oertmann, Bd. 41 (1915) S. 178 ff; F. FICK, Die Sittlichkeit als Grenze der Vertragsfreiheit, SJZ Bd. 10 (1913/14) S. 281; WIGET S. 51 ff.

[100] So auch SPECKER S. 149.

nicht zu umgehen. Dies kann aber keinesfalls die Bedeutung haben, es sei jede Beschränkung erlaubt; denn es besteht ja immer die Möglichkeit, daß in einer Verpflichtung, den Gebrauch seiner persönlichen Güter oder auch nur eines einzelnen einschränken zu wollen, bereits ein eigentlicher Verzicht liegt.[101] Nun gibt es tatsächlich Güter, bei denen zufolge ihrer besonderen Bedeutung jegliche Beschränkung ungültig sein muß. Diese Güter sind aber ausnahmslos solche, die nur der physischen Person zukommen, weil sie mit den natürlichen Eigenschaften des Menschen eng verknüpft sind; sie interessieren daher hier nicht. Für die juristische Person sind grundsätzlich sämtliche Güter beschränkbar und nur die übermäßige Beschränkung im Gebrauch ist ungültig. Es sind bei diesen Gütern die verschiedensten Abstufungen gegeben, wobei regelmäßig in Betracht zu ziehen ist, daß die verschiedenen Güter für die Persönlichkeit einen sehr unterschiedlichen Wert haben können und daß ganz besonders bei der juristischen Person die Wertung ihrem Wesen Rechnung zu tragen hat.

Der Ausdruck *öffentliche Ordnung* ist im schweizerischen Recht an verschiedenen Orten anzutreffen, wobei aber die Bedeutung der Begriffe nicht immer die gleiche ist.[102] So nennt die Bundesverfassung etwa in Art. 2, 16, 50 die öffentliche Ordnung. Desgleichen erscheint sie auch im Polizeirecht, wo ihr eine ganz besondere Bedeutung zukommt, weil deren Aufrechterhaltung ja gerade als das eigentliche Ziel der gesamten polizeilichen Tätigkeit angesprochen werden muß.[103] Außerdem ist sie unter dem Namen ordre publique ins internationale Privatrecht eingegangen, mit der Bestimmung, das interne Recht vor dem Willen des ausländischen Gesetzgebers in besonderen Fällen zu schützen. Daneben ist die öffentliche Ordnung auch im intertemporalen Recht zu finden (Art. 2 SchlT ZGB).

In ihrer Bedeutung als Grenze der Vertragsfreiheit ist die öffentliche Ordnung als Begriff für das Privatrecht selbständig zu bilden[104]. Sie ist daher von den übrigen Begriffen der öffentlichen Ordnung unabhängig; denn während sie im Sinne des öffentlichen Rechtes zum Zweck hat, Ruhe und Ordnung im Innern zu wahren, wie etwa Art. 2 der Bundesverfassung sagt, ist ihr Wirkungskreis im Privat-

[101] Vgl. etwa Egger, Komm. Art. 27 N. 27 S. 227.

[102] Ausführlich Wiget S. 134 ff.

[103] Vgl. dazu etwa Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes (Zürich 1939 8. A. Polygr. Verlag) S. 390; Wiget S. 136 f.

[104] Vgl. Egger, Komm. Art. 27 N. 23 S. 225.

recht weiter gespannt. Als ein Kriterium für die Schranken der Vertragsfreiheit liegt die Bedeutung der öffentlichen Ordnung darin, daß sie die Gesamtheit der Interessen von Staat und Gesellschaft zu schützen hat, wobei ganz besonders auch alle jene privatrechtlichen Normen als zur öffentlichen Ordnung gehörend betrachtet werden müssen, an deren Einhaltung ein besonderes öffentliches Interesse besteht.[105]

III. Kapitel

Der Persönlichkeitsschutz der abhängigen juristischen Person

1. Abschnitt

Die konzernmäßige Abhängigkeit im allgemeinen

§ 14. Das Wesen der Abhängigkeit

Das Problem der Abhängigkeit der juristischen Person ist in seiner eigentlichen Bedeutung ein Problem des Konzernrechts. Wenn auch außerhalb dieses Gebietes juristische Personen ihre Selbständigkeit verlieren oder aufgeben können, so tritt doch die Abhängigkeit in allen ihren Erscheinungsformen am deutlichsten bei den Konzernen zutage. Der Bedeutung dieses ganzen Fragenkomplexes gemäß ist denn auch dessen Behandlung in der Literatur.[1] Trotz dieser viel-

[105] Zur Kasuistik der öffentlichen Ordnung als Schranke der Vertragsfreiheit vgl. etwa Becker Art. 19 N. 24 ff S. 90 ff.

[1] Vgl. dazu etwa: Adler, Gibt es zwischen AGen eine gegenseitige Abhängigkeit, WTr Bd. 5 (1936) S. 214; Apel, Die Feststellung von Konzern- und Abhängigkeitsverhältnissen, WTr Bd. 3 (1934) S. 332; Hans Bärmann, Die rechtliche Stellung der Tochtergesellschaft (Diss Berlin 1934); Hermann Böhme, Knebelungsverträge nach der Praxis des Reichsgerichts (Diss Leipzig 1931); Hermann Brandi, Die zivilrechtliche Stellung der Organgesellschaft (Diss Göttingen 1931); Frankenberg; Friedländer, Konzernrecht S. 63 ff; Frowein; Karl Haff, Die juristischen Personen des bürgerlichen und Handelsrechtes in ihrer Umbildung, in der Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts Bd. 2 (1929); Hamburger, Organgesellschaft; Haussmann, Tochtergesellschaft; Haussmann, Grundlegung S. 148 ff; Hocke S. 22 ff; Hollaender; Joss S. 94 ff; Kronstein; H. Marquardt, Wirtschaftliche Knebelung von Erwerbsgesellschaften, DJZ Bd. Bd. 27 (1922) S. 720; Müller, Die abhängige juristische Person, ZBH Bd. 6 (1931) S. 226; Rasch, Konzernrecht S. 96 ff; Schön; Schütze; von Steiger S. 278 a ff; Tobler S. 26; Trumpler, S. 360 ff.

fältigen Bearbeitung erscheint es nötig, auf das Abhängigkeitsproblem einzutreten; denn Wesen und Begriff der Abhängigkeit sind noch derart umstritten, daß es unerläßlich ist, das Wesentliche hervorzuheben. Dies um so mehr als in der Schweiz keine positiven Normen, wie sie sich etwa im dAGes finden, aufgestellt worden sind. Ein allgemeiner Begriff, von dem SCHNEEBELI zwar behauptet, es gebe ihn nicht[2], muß gefunden werden, weil man sonst bei der Bestimmung der Grenzen der Abhängigkeit völlig in der Luft hängt. Diese Grenzen aber festzustellen ist von wesentlicher Bedeutung. Dies ist ja, jedenfalls was die obere Grenze betrifft, also wie weit sich eine juristische Person ihrer Selbständigkeit begeben kann, das eigentliche Problem dieser Arbeit. Dagegen kann auf eine besondere Darstellung der untern Grenze, der Bestimmung des erforderlichen Mindestmaßes von Abhängigkeit deshalb verzichtet werden, weil sie sich mit dem noch aufzustellenden Abhängigkeitsbegriff deckt.

Es ist bereits weiter vorne darauf hingewiesen worden, daß unter Konzern eine Zusammenfassung von Unternehmen, die verschiedenen juristischen Personen gehören, aber einer einheitlichen Leitung unterstehen, verstanden wird. Grundvoraussetzung ist also, daß die Konzernleitung über die verschiedenen Unternehmungen verfügen kann. Dadurch aber, daß die verschiedenen juristischen Personen die Entscheidungsgewalt über ihre eigenen Unternehmen verlieren, geraten sie in Abhängigkeit. Es zeigt sich hier ganz besonders scharf, wie bedeutsam es ist, die beiden Begriffe juristische Person und Unternehmen genau auseinander zu halten. Daher ist auch ein Ausdruck wie «abhängiges Unternehmen»[3] im Grunde genommen unrichtig.

[2] SCHNEEBELI S. 210.

[3] Das deutsche Recht z. B. stellte das abhängige Unternehmen der abhängigen Gesellschaft gegenüber und faßte den ersten Ausdruck weiter. Abhängige Gesellschaft konnte nur eine Handelsgesellschaft oder eine bergrechtliche Gewerkschaft sein (§ 226 Abs. 4 HGB), während das abhängige Unternehmen (§§ 240a Abs. 1 Satz 2, 261a Abs. 1 A IV 10 HGB) Handelsgesellschaften, bergrechtliche Gewerkschaften, Genossenschaften, rechtsfähige Vereine, Gesellschaften bürgerlichen Rechts, Einzelunternehmen usw. umfaßte.

Das dAGes ließ diese Unterscheidung fallen und benützt ganz allgemein nur noch den Ausdruck abhängiges Unternehmen (etwa §§ 15, 51, 65 dAGes). Vgl. dazu auch: FLECHTHEIM, in Düringer/Hachenburg § 226 N. 44 S. 241 aff; O. KUNZE, Der Begriff der Konzerngesellschaft und verwandte Begriffe ..., WTr Bd. 3 (1934) S. 294ff; Ernst ECKELT, Der Konzernbegriff ..., JW Bd. 66 (1937) S. 1198ff; TRUMPLER S. 363.

Ein «abhängiges Unternehmen» ist immer Rechtsobjekt wie irgendein Unternehmen und ist als solches immer «abhängig»; ob nun von der Gesellschaft, der es eignet, oder einer andern Gesellschaft, ist für das Unternehmen als solches irrelevant. Wesentlich ist nur die Frage, ob die Gesellschaft abhängig ist oder nicht.

Die Abhängigkeit nun kann auf zwei verschiedenen Wegen erreicht werden, einem mittelbaren und einem unmittelbaren. Der direkte Weg beruht auf einem Vertrag einer Konzerngesellschaft mit einer andern Gesellschaft, einem Vertrag in der Art der Unternehmenspacht, des Indienststellungsvertrages usw. Die andere Möglichkeit geht aus von der Beteiligung, die ermöglichen soll, auf eine Gesellschaft Einfluß ausüben zu können und so deren Unternehmen zu beherrschen. Dieser Weg ist insofern nicht ein direkter, als die Beteiligung nur notwendige Grundlage ist für Verträge oder Statutenbestimmungen, die einen Einfluß auf die Gesellschaft ermöglichen und damit die Führung des Unternehmens gewährleisten. Durch beide Gestaltungen wird das Unternehmen beherrscht, und dies bedeutet auch die Abhängigkeit der Eigentümergesellschaft. Daß der Tatbestand der Abhängigkeit erfüllt ist, bedeutet noch lange nicht immer, daß es sich um eine übermäßige Bindung handelt. Es muß, damit der Schutz der Persönlichkeit eingreifen kann, eine besondere Intensität der Bindung vorliegen.

Als *Abhängigkeit* ist am zweckmäßigsten diejenige Relation zu betrachten, welche sich immer dann zwischen zwei juristischen Personen ergibt, wenn die eine (abhängige Person) durch Verträge oder Bestimmungen des Statuts mit einer andern (herrschenden Person) in der Weise verknüpft wird, daß das Unternehmen der abhängigen Person der herrschenden Person unterstellt wird.

In der Literatur ist allerdings ein etwas anderer Abhängigkeitsbegriff üblich. Als Kriterium für die Abhängigkeit gilt darnach regelmäßig die Beeinflussung der Willensbildung einer Gesellschaft durch eine andere. So bezeichnet etwa Joss[4] eine physische oder juristische Person dann als abhängig, wenn ihr Entschließen und Handeln grundsätzlich nicht oder nicht nur von ihrem eigenen Willen abhängt, sondern unter dem dauernden, durch tatsächliche und rechtliche Gestaltungen gesicherten Einfluß oder Aufsicht einer oder mehrerer anderer Personen steht. Frankenberg kommt zum Ergebnis, daß

[4] Joss S. 111.

zum Beherrschen – dem Korrelat zur Abhängigkeit – die Möglichkeit, die Willensbildung bestimmend zu beeinflussen erforderlich sei und daß sich die Beherrschung nur auf diese Weise juristisch erfassen lasse[5]. Ähnlich auch VON STEIGER[6]: «Maßgebend ist, daß Abhängigkeit im rechtserheblichen Sinne dann vorliegt, wenn das eine Unternehmen dem andern in den wesentlichen Funktionen unmittelbar oder mittelbar seinen Willen aufzwingen kann.» KRONSTEIN gibt für die Abhängigkeit drei Merkmale an[7]. Einmal muß der Wille der abhängigen juristischen Person planmäßig und auf die Dauer von einer oder mehreren Personen festgelegt werden, oder dann muß über ihren Gewinn von vorneherein zugunsten anderer verfügt werden, oder ihr Zweck muß sich in der Tätigkeit für andere erschöpfen. Diese Definitionen sind m. E. zu eng und scheinen mir am wesentlichen Punkt vorbeizugehen. Wo soll z. B. eine Gesellschaft, die ihr Unternehmen einer Konzerngesellschaft verpachtet, sonst aber keinerlei rechtliche Beziehungen zum Konzern hat, eingeordnet werden? Von einer Beeinflussung der Willensbildung kann hier keine Rede sein, und trotzdem gerät sie in Abhängigkeit von ihrem Vertragspartner, weil sie nicht mehr über ihr Unternehmen verfügen kann. Sodann ist doch festzustellen, daß die Konzernleitung ihr Interesse auf die Unternehmung richtet und daß der Einfluß auf die Willensbildung nur Mittel zum Zweck sein kann, ja daß überhaupt die Existenzberechtigung der abhängigen Gesellschaft von der Konzernleitung aus betrachtet, nur in der Vermeidung der Nachteile, die sich regelmäßig aus einer Fusion ergeben können, besteht. Es ist also auch hier wieder zu betonen, daß den Kernpunkt der Konzerne die Unternehmungen bilden, und daß aus diesem Grunde der Begriff der konzernmäßigen Abhängigkeit auch von dieser Grundlage aus gesucht werden muß. Geht man von diesem Begriff aus, so fällt auch ohne weiteres die schwierige Frage weg, auf welche Funktionen einer Gesellschaft sich die Willensbeeinflussung richten müsse.

Der Abhängigkeitsbegriff HAUSSMANNS deckt sich teilweise mit der hier vertretenen Auffassung.[8] Eine Übereinstimmung liegt insoweit

[5] FRANKENBERG S. 25.

[6] VON STEIGER S. 290 a.

[7] KRONSTEIN S. 7.

[8] Auch derjenige von HOLLAENDER, der das wesentlichste Merkmal der Abhängigkeit darin sieht, «daß der Betrieb des Unternehmens der Bestimmung des andern unterworfen wird» (S. 758 N. 2). Unverständlich bleibt dann aber, wenn er trotzdem

vor, als er die Abhängigkeit einer juristischen Person von einer andern ebenfalls in der Beherrschung des Unternehmens erkennt[9]. Im übrigen aber fehlt seinem Abhängigkeitsbegriff die notwendige Klarheit und Einheitlichkeit, da er gelegentlich die maßgebliche Beteiligung und die Abhängigkeit miteinander vermengt. So kann er etwa fragen, inwieweit eine AG oder eine GmbH, die vollständig durch überragenden Anteilsbesitz beherrscht werde, überhaupt noch zivilrechtlich als selbständig anzusehen sei[10]. Daß jedes Konzerngefüge in der Regel auf einer Majoritätsbeteiligung zu beruhen pflegt[11], ist selbstverständlich nicht zu leugnen. Diese Stimmenmacht begründet aber direkt noch nicht die Abhängigkeit, sondern nur die Voraussetzung für die rechtlichen Gestaltungen, die zur Abhängigkeit führen. Das meint Haussmann wohl auch, wenn er ausführt[12]: «Das typische Merkmal der Geltendmachung des Konzerneinflusses tritt aber erst zutage, wenn dieser Einfluß (Ausübung der Rechte aus der Aktie in der Generalversammlung) über die im Gesetz verbrieften Mitgliedschaftsrechte hinauszugehen tendiert und sich in anderer Form ... zeigt.»

Auch die Legaldefinitionen der abhängigen Gesellschaft in der deutschen Aktienrechtsnovelle von 1931 und im dAGes[13] nehmen als Hauptfall der Abhängigkeit die Beteiligung an. So nennt § 226 Abs. 4 HGB als abhängige Gesellschaft eine Handelsgesellschaft oder bergrechtliche Gewerkschaft, die auf Grund von Beteiligungen oder in sonstiger Weise unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß einer AG oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien steht. Gemäß § 15 dAGes liegt ein abhängiges Unternehmen dann vor, wenn ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß eines andern Unternehmens steht. Auch hier wird also die Bedeutung der Beteiligung für den Begriff der Abhängigkeit besonders hervorgehoben. Ich habe aber bereits darauf hingewiesen, daß die Beteiligung überhaupt nur als mittelbare Grundlage für die

erklären kann (S. 758), daß sich Pächter und Verpächter durchaus frei gegenüber stehen könnten. Eine ähnliche Auffassung hat auch Mummy S. 22.

[9] Haussmann, Aktienwesen S. 123.

[10] Haussmann, Aktienwesen S. 123.

[11] Haussmann, Tochtergesellschaft S. 23.

[12] Haussmann, Grundlegung S. 91.

[13] Vgl. dazu Schütze S. 7ff; Schön S. 18ff; Staub/Pinner § 226 Abs. 4 N. 26ff S. 17ff; Flechtheim, bei Düringer/Hachenburg § 226 N. 44ff S. 241aff; Trumpler S. 364.

Abhängigkeit einer Gesellschaft in Frage kommen kann und insofern als Kriterium für den Abhängigkeitsbegriff ungeeignet erscheint und daher wegfallen muß. Die nähere Begründung hiezu wird weiter hinten[14] bei der Behandlung der sogenannten stimmenmäßigen Abhängigkeit folgen.

§ 15. Die Arten der Abhängigkeit

Nachdem nun festgestellt ist, was m. E. am zweckmäßigsten unter Abhängigkeit verstanden wird, sollen die folgenden Darlegungen aufzeigen, wie dieser Abhängigkeitsbegriff nach rechtlichen Kriterien aufzuteilen ist. Es sind in der Literatur derartige Gliederungen nach verschiedenen Gesichtspunkten vorgenommen worden. Hier sollen nur die beiden wichtigsten Einteilungsschemen skizziert und einer kritischen Betrachtung unterzogen werden, nämlich einerseits die Unterscheidung, wie sie hauptsächlich von KRONSTEIN[15] und FRANKENBERG[16] vertreten wird und andererseits die Aufteilung, von der etwa JOSS[17] ausgeht.

JOSS will die Abhängigkeitsformen in zwei Gruppen trennen, wobei er die eine als *wirtschaftliche*, die andere als *rechtliche Abhängigkeit* bezeichnet.[18] Dabei kann die rechtliche Abhängigkeit nur auf rechtlichen Gestaltungen mit dinglicher Wirkung beruhen, die wirtschaftliche hingegen durch tatsächliche und rechtsgeschäftliche Gestaltungen begründet werden.[19] Diese Einteilung ist nun aber, so sehr sie bei oberflächlicher Betrachtung einzuleuchten vermag, durchaus ungenügend.[20] Man muß sich im klaren sein, daß konzernmäßige Abhängigkeit immer eine wirtschaftliche ist[21], insofern als die zusammengefaßten Unternehmungen eine wirtschaftliche Einheit bilden und daher die verschiedenen Gesellschaften wirtschaftlich in Abhän-

[14] Vgl. hinten S. 74 ff.

[15] KRONSTEIN S. 7 f.

[16] FRANKENBERG S. 32 f.

[17] JOSS S. 98, 104.

[18] So auch FRIEDLÄNDER, Konzernrecht S. 68.

[19] JOSS S. 98, 111.

[20] Ähnlich, wenn auch mit teilweise anderer Begründung, FRANKENBERG S. 23 f und TOBLER S. 29.

[21] Gl. M. etwa: HAUSSMANN, Tochtergesellschaft S. 23; HAMBURGER, Organgesellschaft S. 267; STAUB/PINNER, § 226 N. 26 S. 17; ROSENDORFF, Aktienrecht S. 403; SCHÜTZE, S. 16; SCHNEEBELI S. 211; SCHÖN S. 22; FRANKENBERG S. 23; TOBLER S. 29.

gigkeit geraten; daß sie aber zugleich eine rechtliche ist, weil diese wirtschaftliche Abhängigkeit ja überhaupt eben nur durch rechtliche Gestaltungen erzeugt werden kann. Joss glaubt jedoch, daß es möglich sei, in jedem einzelnen Fall herauszufinden, welche Art von Abhängigkeit überwiege, und zwar dadurch, daß man feststellt, welches jeweils sich als das lebenswahrere Attribut ansprechen läßt, d.h. ob bei einer Abhängigkeit das wirtschaftliche oder das rechtliche Moment in unmißverständlicher Weise vorherrscht[22]. Es ist aber kaum anzunehmen, es sei mit diesem Kriterium in allen Fällen eine klare Lösung zu erzielen. Dieser Schwierigkeit ist sich Joss bewußt, und er gibt auch zu, daß die Grenzen zwischen den beiden Arten von Abhängigkeit fließend sind[23].

Das zweite Einteilungsschema wird namentlich von KRONSTEIN vertreten, dem sich in der Folge auch FRANKENBERG anschloß[24]. Sie unterscheiden drei Arten von Abhängigkeitsformen: Die *stimmenmäßige*, die *organisatorische* und die *obligatorische Abhängigkeit*. Die stimmenmäßige Abhängigkeit beruht auf der maßgeblichen Beteiligung[25], die eine Beherrschung der Generalversammlung und damit der Gesellschaft ermögliche[26]. Die organisatorische Abhängigkeit ist eine körperschaftliche Bindung und muß sich auf die Statuten stützen, während die obligatorische durch schuldrechtlichen Vertrag begründet wird. FRANKENBERG stellt dazu noch ausdrücklich fest[27]: «Diese Rechtsformen haben die Eigenschaft, daß jede allein die Abhängigkeit begründen kann.»

Auch diese Einteilung ist nicht ganz befriedigend, und zwar deshalb, weil die Aufnahme der Beteiligung in das Schema der Abhängigkeitsformen sich nicht begründen läßt. KRONSTEIN sagt selber, daß die *stimmenmäßige Abhängigkeit* der allgemeinen Bindung jeder juristischen Person an ihre Mitglieder am nächsten komme und die einzige Besonderheit darin bestehe, daß es nicht viele seien, die den Willen der juristischen Person bilden, sondern nur ein Einzelner

[22] Joss S. 107.

[23] Joss S. 107.

[24] Ebenso ROSENDORFF, Aktienrecht S. 403; SCHÜTZE S. 19; SCHÖN S. 21; VON STEIGER S. 291 aff; TOBLER S. 30f.

[25] HAUSSMANN, Grundlegung S. 108, nennt sie dingliche Zusammenfassung mit Subordination.

[26] FRANKENBERG S. 32.

[27] FRANKENBERG S. 33.

oder etwa eine durch Poolvertrag gebundene Gruppe und daß die Beherrschung für die Dauer bestimmt sein müsse[28]. Sie sei also nichts anderes als ein Sonderfall der ‚Abhängigkeit' jeder juristischen Person von ihren Mitgliedern[29]. Daher kann m. E. die maßgebliche Beteiligung nicht als Form der Abhängigkeit angesprochen werden. Immerhin ist zuzugeben, daß eine auf Beteiligung beruhende Abhängigkeit immer dann angenommen werden muß, wenn das positive Recht, wie etwa § 15 dAGes, diese als Abhängigkeitsform bezeichnet und den Abhängigkeitsbegriff in entsprechender Weise formuliert. Diese Feststellung hat aber keine Geltung für die Auffassung Kronsteins, Frankenbergs u. a. Denn sie übersehen gänzlich, daß die ‚stimmenmäßige' Abhängigkeit sich überhaupt nicht mit dem von ihnen aufgestellten Begriff der Abhängigkeit decken kann. Kronsteins Definition nennt eine juristische Person dann abhängig, wenn ihr Wille von einer oder mehreren anderen Personen festgelegt werden, über deren Gewinn zugunsten anderer verfügt werde usw.[30] Dieser Meinung schließt sich Frankenberg an. Von Steiger nimmt Abhängigkeit dann als gegeben an, wenn das eine Unternehmen einem anderen den Willen aufzwingen könne[31]. Wenn nun aber etwa eine herrschende Person in der abhängigen Gesellschaft bei einer Abstimmung ihre Stimmenmacht zur Geltung bringt, so ist ein so zustande gekommener Beschluß eben doch ein Beschluß der abhängigen Gesellschaft.[32] Es handelt sich dabei nicht um einen fremden Willen, sondern um eine durchaus selbständige Willensbildung. Denn diese herrschende Person darf ihre Mitgliedschaftsrechte genau so gut ausüben, wie irgend sonst ein Aktionär. Bei einer solchen ‚stimmenmäßig abhängigen Person' kann körperschaftsrechtlich nicht von einer abnormen Wesenswandlung gegenüber der Grundform der AG oder GmbH gesprochen werden, sondern es handelt sich lediglich um eine quantitative, einseitige Verschiebung des im allgemeinen fluktuierenden Aktienbesitzes[33]. Kronstein erklärt ja selber[34]: «Eine Aktien-

[28] Kronstein S. 8.

[29] Kronstein S. 59.

[30] Vgl. vorne S. 71.

[31] Vgl. vorne S. 71. Tobler S. 29, hat diese Definition übernommen.

[32] Diesen Fall nennt Frowein, S. 33, eine Knebelung durch Beteiligung und stellt sie der Knebelung durch Vertrag gleich.

[33] Joss S. 113.

[34] Kronstein S. 6.

gesellschaft ist von den Aktionären, ein Verein von den Mitgliedern, eine Anstalt – das ist ihre Eigenart – von dem Gründer ‚abhängig'.» Darin, daß eine Gesellschaft Mitgliedschaftsrechte erwerben und ausüben kann, liegt auch die Möglichkeit begründet, die Stimmenmehrheit bei einer andern Gesellschaft zur Geltung zu bringen. Umgekehrt ist bei dieser ‚abhängigen Gesellschaft' ein Beschluß der Generalversammlung genau so selbstverständlich ein eigener, wenn eine Mehrheit von vorneherein besteht, wie wenn sie sich von Fall zu Fall gewissermaßen zufällig bildet. Es zeigt sich also deutlich, daß die Beteiligung, auch wenn sie eine maßgebliche ist oder im Falle der Einmanngesellschaft überhaupt sämtliche Anteile umfaßt, mit der Abhängigkeit direkt nichts zu tun hat, und daß aus diesen Gründen die «stimmenmäßige Abhängigkeit» fallen gelassen werden muß. Die Tatsache allein, daß eine Mehrheit dauernd vorhanden ist, berührt ja die Selbständigkeit der juristischen Person noch nicht. Hingegen besteht regelmäßig die Gefahr, daß diese Majorität ihre Macht mißbraucht und dadurch die Gesellschaft in Abhängigkeit bringt. Sie hat dazu ja auch die Möglichkeit, indem sie in der Generalversammlung einen wesentlichen Einfluß besitzt und so die Aufnahme von Bestimmungen in den Statuten erzwingen kann, die der Selbständigkeit der Gesellschaft Abbruch tun oder bei den Wahlen sich eine Mehrheit in der Verwaltung verschaffen kann, die dann durch entsprechende Verträge ebenfalls die Abhängigkeit der Gesellschaft verwirklicht. Man muß infolgedessen zum Schlusse kommen, daß Abhängigkeit sich nur durch obligatorische oder organisatorische Gestaltungen begründen läßt, wenn auch zugegeben wird, daß eine maßgebliche Beteiligung in der Regel die Voraussetzung dafür bildet. Überhaupt werden die einzelnen Abhängigkeitsformen in der Praxis kaum selbständig in Erscheinung treten, sondern werden in der Regel in allen Variationsmöglichkeiten kombiniert. Diese Kumulation von Bindungen macht eine Aufteilung durchaus nötig, und die Unterscheidung von obligatorischer und organisatorischer Abhängigkeit, also eine Gliederung nach den Rechtsformen, auf denen die Abhängigkeit beruhen kann, erscheint dafür als die zweckmäßigste.

Die obligatorische Abhängigkeit weist bedeutend vielfältigere Möglichkeiten auf als die organisatorische. Dies ergibt sich aus der größern Beweglichkeit, die der vertraglichen Gestaltung wesensmäßig anhaftet. Hingegen hat die vertragliche Regelung der organisatorischen gegenüber den Nachteil, daß die Bindung auf Grund der Sta-

tuten eine viel stärkere sein kann als eine Bindung, die auf obligatorischem Vertrag beruht. Die einzelnen Gestaltungen, die durch Vertrag oder Statutenbestimmungen der herrschenden Person die Möglichkeit geben, auf das Unternehmen der abhängigen Person einzuwirken, sind hier nicht darzulegen; diese sollen im nächsten Abschnitt (§ 16) näher betrachtet werden, namentlich auch im Hinblick auf das Aktienrecht. Das Aktienrecht setzt der organisatorischen Abhängigkeit bestimmte Grenzen und verbietet für einige besondere Fälle die Herbeiführung von Abhängigkeitsverhältnissen auf Grund von obligatorischem Vertrag, gestattet hingegen deren Begründung durch Aufnahme in den Statuten. So kann organisatorische Abhängigkeit die Organbestellung, das Gewinnstreben und die Gewinnverteilung betreffen, wozu eine obligatorische Regelung nicht zulässig wäre. Hingegen sind bei den Gestaltungen durch Vertrag die Begründung der Abhängigkeit durch Unternehmenspacht, durch Betriebsüberlassungsverträge und Interessengemeinschaftsverträge, die alle die Funktion der Geschäftsführung betreffen, von besonderer Bedeutung. Was das Verhältnis der beiden Abhängigkeitsformen zueinander betrifft, ist zu betonen, daß dort, wo zwingende gesetzliche Vorschriften die Begründung von Abhängigkeitsverhältnissen durch die Statuten ausschließen, auch in keinem Falle die Möglichkeit gegeben ist, dieselben Bindungen durch das Mittel des obligatorischen Vertrages herbeizuführen. Eine derartige Regelung wäre rechtswidrig.

§ 16. Abhängigkeit und Aktienrecht

Bei der organisatorischen Abhängigkeit ist das Mittel zur Begründung der Abhängigkeit das Statut, und daher fragt es sich zunächst, ob überhaupt die Möglichkeit, durch die Satzung Rechte der Gesellschaft auf Dritte zu übertragen, besteht oder ob etwa die gesetzliche Regelung einer derartigen Übertragung entgegenstehe. Frankenberg schließt sich dieser letzteren Meinung an und erklärt, unsere Rechtsordnung kenne keinen Fall, in dem ein Recht durch die Statuten von einer Person auf eine andere übertragen werden könne[35]. Derselben Ansicht ist im wesentlichen auch das Bundesgericht, wenn es die Möglichkeit verneint, daß die Statuten einer Körperschaft, die ihrem obersten Organ verliehenen Befugnisse einem andern Organ oder einem

[35] Frankenberg S. 106; gl. M. ist wohl auch Siegwart, Art. 628 N. 69 S. 245, aber nicht expressis verbis.

Dritten übertragen oder ein Mitwirkungs- oder Einspracherecht einräumen können[36]. Dagegen läßt es die Frage nach der Gewährung von Rechten an Dritte mittels Vertrag unerörtert. Dieser Auffassung gegenüber ist aber darauf hinzuweisen, daß Art. 628 Ab. 3 OR die Gewährung von Vorteilen zugunsten der Gründer und anderer Personen geradezu abhängig macht von deren Aufnahme in die Statuten. Wenn aber schon bei der Gründung Rechte zugunsten Dritter in die Satzung aufgenommen werden können, so ist diese Möglichkeit auch für einen späteren Zeitpunkt auf Grund einer Statutenänderung als gegeben anzunehmen[37]. Hingegen könnten auch nicht durch Verträge Bindungen vereinbart werden, die nicht in die Statuten aufgenommen werden dürfen, weil sie zwingendem Rechte entgegenstehen.[38]

Die einzelnen Fälle von Abhängigkeit lassen sich in vier Gruppen einteilen, wobei die Unterscheidung nach dem Inhalt der durch die Statuten verliehenen Rechte am geeignetsten erscheint. Die Bestimmungen des Statuts, die eine Abhängigkeit zu begründen imstande sind, müssen sich demnach auf die Organbestellung, die Geschäftsführung,[39] die Gewinnerzielung oder die Gewinnverteilung beziehen.

Bei der *Organbestellung* besteht die Einwirkungsmöglichkeit auf das Unternehmen der abhängigen juristischen Person darin, daß die herrschende Person ein Organ oder einzelne Mitglieder desselben vorschlagen, wählen oder abberufen kann. Im schweizerischen Recht steht dem aber die zwingende Bestimmung des Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR entgegen, der die Wahl von Verwaltung und Kontrollstelle als unübertragbare Befugnis der Generalversammlung anheimstellt. Dasselbe muß auch für die Abberufung der Organe gelten, weil sonst das Wahlrecht der Generalversammlung in seiner Wirkung beeinträchtigt würde. Dieses Prinzip erleidet aber gewisse Einbrüche, die nun die Grundlage darstellen für die Möglichkeit der Einflußnahme der herrschenden Person auf die Organbestellung der abhängigen. Diese Durchbrechung des Wahlrechts der Generalversammlung beruht namentlich auf Art. 708 Abs. 4/5 OR[40]. So haben einmal die einzelnen Gruppen von Aktionären mit verschiedener Rechtsstellung

[36] BGE 67 (1941) I 262ff, S. 263f.

[37] So auch Tobler S. 34f.

[38] Vgl. dazu auch die Ausführungen von Steigers, S. 294af.

[39] Zur Organbestellung vgl. etwa Naegeli I S. 486ff, zur Bindung der Geschäftsführung Naegeli I S. 500ff.

[40] Ähnlich ist auch die Wirkung der Art. 707 Abs. 3, 708 Abs. 2, 762 OR.

das in den Statuten zu verankernde Recht mindestens einen Vertreter in die Verwaltung wählen zu lassen (Abs.4). Daneben können die Statuten aber auch zum Schutz von Minderheiten und einzelnen Gruppen von Aktionären weitere Bestimmungen über die Wahlart aufstellen (Abs. 5). Somit ist also die Möglichkeit, Dritten, sofern es sich um Aktionäre handelt, auf Grund der Statuten das Recht, für die Organbestellung Vorschläge zu unterbreiten, gegeben. Das Bundesgericht betrachtet diese Vorschläge als für die Generalversammlung verbindlich, wobei ihr aber die Ablehnung aus wichtigem Grund vorbehalten bleiben soll[41]. Ich schließe mich hier dagegen VON STEIGER an, dessen Ansicht dahingeht, daß er das Vorschlagsrecht als unverbindlich annimmt, um Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR in seiner eigentlichen Wirkung erhalten zu können, dafür aber den betreffenden Gruppen das Recht zugesteht, den Generalversammlungsbeschluß wegen Rechtsmißbrauches anfechten zu können, wenn die Generalversammlung die Vorschläge ohne genügenden Grund ablehnt.[42] Eine Wahl der Verwaltung aber oder deren Abberufung oder auch nur einzelner Mitglieder durch Dritte kommt wegen des zwingenden Charakters von Art. 698 OR nicht in Frage.

Bei der Einflußmöglichkeit auf die *Geschäftsführung* handelt es sich um das Recht eines Dritten, durch Erteilung von Weisungen die Tätigkeit der Organe zu beeinflussen und in dieser Weise auf das Unternehmen einzuwirken. Diese Weisungen richten sich regelmäßig an die Verwaltung, da die Geschäftsführungsbefugnis der Generalversammlung ihrem Umfange nach im allgemeinen nicht sehr bedeutend ist. Dort hingegen, wo der Gesetzgeber der Generalversammlung trotzdem Akte der Geschäftsführung zuschiebt, handelt es sich jeweils um eine wesentliche Funktion der juristischen Person, und daher haben derartige Vorschriften zwingende Geltung[43]. Der Verwaltung ist zwar die Leitung der Geschäfte übertragen, das Gesetz spricht aber nicht von einer unübertragbaren Befugnis, so daß offenbar die Möglichkeit besteht, in die Satzung Bestimmungen aufzunehmen, die Dritten das Recht gewähren, der Verwaltung Instruktionen zu erteilen. Dagegen unterliegen diese Rechte Dritter der Beschränkung,

[41] BGE 66 (1940) II 43, S. 51 f.

[42] VON STEIGER S. 298 a N. 186.

[43] Vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR, wonach die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und des Geschäftsberichtes der Generalversammlung zwingend zusteht.

daß es der Verwaltung ermöglicht sein muß, die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten[44] und wo sie in ihrer Tätigkeit an gesetzliche Vorschriften gebunden ist[45], diese auch einhalten zu können.

Die Abhängigkeit einer juristischen Person kann auch begründet werden durch Statutenbestimmungen über die *Gewinnerzielung*. Zwei Fälle sind hier auseinander zu halten. Es fragt sich zunächst, ob auf das Gewinnstreben als solches überhaupt verzichtet werden kann. Dies ist durchaus der Fall, da eine AG ja gemäß Art. 620 Abs. 3 OR auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden kann. Einen Anwendungsfall hiervon stellt die Organgesellschaft dar, wenn sie etwa ihre Produkte der herrschenden Person zum Selbstkostenpreis liefert und so also auf eigenen Gewinn verzichtet. Handelt es sich dabei um die Schaffung einer neuen Gesellschaft, so steht einer derartigen Regelung nichts im Weg. Soll aber eine schon bestehende Erwerbsgesellschaft nachträglich auf das Gewinnstreben verzichten, ist dazu die Zustimmung sämtlicher Aktionäre erforderlich, deren Recht auf Dividende[46] andernfalls verletzt würde. Was hingegen die Art und Weise der Gewinnerzielung betrifft, so können die Statuten Dritten durchaus das Recht einräumen, der Verwaltung Weisungen zu erteilen. Dieser Fall deckt sich weitgehend mit der Möglichkeit, auf die Geschäftsführung einzuwirken.

Die *Gewinnverteilung* steht nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR zwingend der Generalversammlung zu, die aber nur über den Gewinn verfügen kann, soweit er nach dem Gesetz und den Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist (Art. 660 Abs. 1 OR). Diese Vorschrift ermöglicht also durch Statutenbestimmung eine bestimmte (feste oder variable) Quote vom Bruttogewinn auszuscheiden und Dritten zu überlassen oder die Verfügung darüber von den Weisungen eines Dritten abhängig zu machen.

[44] Art. 722 Abs. 1 OR.
[45] Art. 722 Abs. 3, 622 ff OR.
[46] Art. 646 Abs. 3 OR.

2. Abschnitt

Die Abhängigkeit bei den verschiedenen Konzernformen

§ 17. Abhängigkeit auf Grund von Interessengemeinschaftsverträgen

A. Begriff und Rechtsverhältnisse der Interessengemeinschaft

Der Ausdruck Interessengemeinschaft wurde in der rechtswissenschaftlichen und in der sozialökonomischen Literatur zunächst für recht verschiedenartige Gebilde verwendet, indem für die Festlegung des Begriffes vor allem auf die ursprüngliche Bedeutung des Wortes Bezug genommen wurde. Auf diese Weise war es nun allerdings nicht möglich, zu einem einheitlichen Begriffe zu kommen, da der Ausdruck, will er in diesem Sinne verstanden werden, als viel zu weit betrachtet werden muß[47]. Im Laufe der Zeit hat sich immerhin ein Begriff der Interessengemeinschaft herausgebildet, der bis zu einem gewissen Grade geeignet ist, als herrschende Meinung gelten zu können.[48] Allerdings drehte sich während Jahren ein heftiger Streit

[47] Vgl. dazu die Ausführungen bei HAUSSMANN, Grundlegung, S. 110 und bei FRIEDLÄNDER, Konzernrecht S. 219f. ROSENDORFF, Konzernrecht S. 22ff, faßt z. B. unter Interessengemeinschaft auch Betriebsüberlassungsverträge und Zweckgemeinschaften; ebenso STATTHALTER S. 45ff. Auch die Vertragspraxis hat den Begriff der Interessengemeinschaft vielfach zu weit gefaßt. So sind keine Interessengemeinschaftsverträge etwa der Vertrag Krupp-Grusonwerk (abgedruckt bei ROSENDORFF, Konzernrecht S. 120ff), der Vertrag Arbed-Eschweiler (bei ROSENDORFF, Konzernrecht S. 124ff) und der Vertrag IG Farben–Rheinisch-Westfälische Sprengstoff (abgedruckt bei LANGEN S. 49ff), auch wenn sie sich als solche bezeichnen. Vgl. dazu die Ausführungen bei LANGEN S. 18.

[48] BECKER Art. 530 N. 1 S. 945, N. 7 S. 948; BURKART S. 13; FRIEDLÄNDER, Interessengemeinschaft; FRIEDLÄNDER, Gemeinschaftsorgane S. 285ff; FRIEDLÄNDER, Kartellaufsichtsgesetz S. 167ff; FRIEDLÄNDER, Vertragsrecht und Satzungsrecht S. 406ff; FRIEDLÄNDER, Konzernrecht S. 218ff; GEILER S. 19f, 73ff; Karl GEILER, Interessengemeinschaft, bei Düringer/Hachenburg Bd. 4 (1917) N. 403ff S. 332ff; GILOI; Georg M. HAMBURGER, Konzernrecht, Artikel bei Schlegelberger Bd. 5 (1933) S. 228f; HAUSSMANN, Grundlegung S. 109ff; HAUSSMANN, IG-S.P.O.K. S. 200ff; HAUSSMANN, Unternehmenszusammenfassungen S. 262ff; HAUSSMANN, Praxis S. 132ff; Olga HEYMANN, Der Bier- und Spritkonzern, Heft 7 der Sammlung «Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspflege» (Berlin/Wien 1923, Spaeth & Linde); ISAY/TSCHIERSCHKY S. 61ff; KLEINSCHMIDT; KOST; LANGEN; LIEFMANN, K. K. T. S. 270ff; LIEFMANN, Interessengemeinschaften, Artikel im Handwb. der Staatsw. Bd. 4 (1923 4. A.) S. 468ff; Ulrich MARQUARDT, Die Interessengemeinschaften (Diss Würzburg

darum, ob die Interessengemeinschaft begrifflich lediglich eine Gewinngemeinschaft darstelle[49], oder ob diese Gewinngemeinschaft einfach eine – regelmäßig beabsichtigte – Konsequenz einer Verwaltungs- oder auch Betriebsgemeinschaft sei[50]. Darauf ist später noch kurz zurückzukommen.

Was nun die *Definition der Interessengemeinschaft* betrifft, so übernehme ich hier diejenige von Naegeli, da sie den Vorzug hat, in knappen Worten die wesentlichen Elemente präzis zusammenzufassen[51]: «Die Interessengemeinschaft ist ein Konzern auf der Grundlage einer vertraglich garantierten Gewinngemeinschaft.» In erster Linie handelt es sich also bei der Interessengemeinschaft immer um einen Konzern[52], und das bedeutet eine Zusammenfassung von Unternehmungen, wobei eine gemeinsame Vermögenssphäre geschaffen wird – bei der Interessengemeinschaft ergibt sie sich aus der Gewinngemeinschaft – und die verschiedenen Unternehmungen einer einheitlichen Geschäftspolitik unterworfen werden. Das wesentliche Element einer Interessengemeinschaft ist also darin zu sehen, daß eine gewisse Rationalisierung herbeigeführt werden soll und daß demgegenüber dem Merkmal der Gewinngemeinschaft nur sekundäre Bedeutung zukommen kann.[53] Mit Recht weist Naegeli darauf hin, daß die Gewinngemeinschaft eben einen Ausgleich dafür schaffen müsse, daß die einzelnen Gesellschaften ihre Selbständigkeit zugunsten der Gemeinschaft opfern müßten[54]. Daß in den Interessenge-

1910); Naegeli I S. 217ff; Richard Passow, Interessengemeinschaft, Artikel im Wörterb. d. Volksw. Bd. 2 (1932 4. A.) S. 429ff; Rasch S. 76ff; Rosendorff, Konzernrecht S. 22ff; Statthalter; von Steiger S. 230aff; Tobler S. 18ff; Trumpler S. 350ff; Kurt Züge, Gewinnquotenbemessung und Gemeinschaftsgewinn bei Interessengemeinschaften (Berlin/Wien 1925, Spaeth & Linde).

[49] Diese Meinung wird vor allem vertreten durch Liefmann, K.K.T.S. 279; Bauer S. 243; Friedländer, Kartellaufsichtsgesetz S. 54 (in späteren Untersuchungen stellt er sich allerdings auch auf den Standpunkt, daß Gewinn und Verlustgemeinschaft zusammengehören, vgl. dazu das Zitat in N. 50); Isay/Tschierschky § 1 N. 18 S. 135; Langen S. 15ff, 21; Kost S. 2.

[50] So vor allem etwa Haussmann, Grundlegung S. 119f; Haussmann, Praxis S. 132; Friedländer, Konzernrecht S. 219ff; Friedländer, Rechtsformen S. 210ff; Haussmann, IG-S.P.O.K. S. 210, 216f; Naegeli I S. 219ff; Rasch S. 81f.

[51] Naegeli I S. 223.

[52] Vgl. dazu die Ausführungen vorn S. 37ff.

[53] Dies etwa im Unterschied zum Gewinnverteilungskartell; vgl. dazu auch etwa Bauer S. 19ff.

[54] Naegeli I S. 220.

meinschaftsverträgen die Regelung über Art und Ausmaß der Gewinngemeinschaft besonders ausführlich gehalten ist, ergibt sich aus deren Kompliziertheit, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß das begrifflich bedeutsamere Moment regelmäßig die Vertrags- oder Betriebsgemeinschaft ist[55]. Einen deutlichen Hinweis auf diese Tatsache stellen auch die in den allermeisten Interessengemeinschaftsverträgen aufgenommenen Bestimmungen über den Substanzausgleich bei Auflösung der Interessengemeinschaft dar. HAUSSMANN zieht daraus die folgenden Schlüsse[56]: «An sich bedürfte es theoretisch bei Interessengemeinschaftsverträgen eines Vermögensausgleichs nicht. Denn die beiden Unternehmungen bleiben äußerlich selbständig. Insbesondere wenn die Theorie richtig wäre, daß das Wesen der Interessengemeinschaft nur in einer Gewinngemeinschaft besteht, ließe sich überhaupt nicht einsehen, wozu besondere Bestimmungen über einen Substanzausgleich für den Fall der Beendigung getroffen werden müßten. Da aber, wie dargelegt, das Wesen der Interessengemeinschaft sich nicht in der Gewinngemeinschaft erschöpft, vielmehr betriebliche Zusammenfassungen zumeist im Vordergrund stehen, ergibt sich die Notwendigkeit, daß im Laufe der Interessengemeinschaft in die einzelnen, äußerlich selbständigen Betriebe im Gesamtinteresse der Vereinheitlichung der Wirtschaft der verbundenen Unternehmungen Substanzeingriffe erfolgen, die in Zukunft bei Beendigung der Interessengemeinschaft nicht lediglich durch Zerschneiden des Vertragsbandes gelöst werden können.» Naturgemäß kann die Vergemeinschaftung der Verwaltung oder der Betriebe sehr verschiedenartig gestaltet werden, und daraus ergibt sich auch eine sehr unterschiedliche Intensität der Bindungen der einzelnen Gesellschaften in verschiedenen Interessengemeinschaften.

Wenn in diesem Zusammenhange von der Vergemeinschaftung der Gewinne die Rede ist, so ist diese Ausdrucksweise eigentlich nicht ganz präzis, da es sich in den weitaus zahlreichsten Fällen eben um eine Risikogemeinschaft handelt[57], die neben der Gewinngemeinschaft auch die Verlustgemeinschaft mit einschließt. Gemäß Art. 533 Abs. 2 OR[58] ist ja bei einem Vertrag, der nur von gemeinsamen Gewinnen spricht, die gemeinsame Tragung der Verluste als darin inbegriffen zu

[55] So auch HAUSSMANN, IG-S.P.O.K. S. 216.

[56] HAUSSMANN, IG-S.P.O.K. S. 249.

[57] So auch etwa GILOI S. 18 ff.

[58] Für das deutsche Recht vgl. § 722 Abs. 2 BGB.

betrachten, sofern er nicht ausdrücklich eine andere Regelung vorsieht. Nun wird aber gerade bei den Interessengemeinschaften wohl kaum ein Interesse bestehen, nur eine Gewinngemeinschaft zu vereinbaren, da sonst der praktische Wert des Zusammenschlusses weitgehend vermindert würde.

Die Interessengemeinschaft gründet sich auf einen Vertrag, und zwar handelt es sich dabei um die Rechtsform der *einfachen Gesellschaft*[59]. Die von Art. 530 Abs. 1 OR vorgesehenen Minimalerfordernisse sind erfüllt, also die vertragsmäßige Verbindung von zwei oder mehr Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften und Mitteln. Vertragskontrahenten und damit Gesellschafter sind die einzelnen Gesellschaften. Zwischen den Aktionären der einen Gesellschaft und den übrigen Gesellschaften besteht infolgedessen – sofern nicht ausdrücklich eine andere Regelung getroffen ist – kein direktes Rechtsverhältnis[60]. Im allgemeinen wird der Vertrag den verschiedenen Generalversammlungen zur Ratifizierung vorgelegt werden müssen,[61] da ja die Errichtung einer Interessengemeinschaft immer mit erheblichen Eingriffen in die Sphäre einer jeden Gesellschaft und deren Unternehmen verbunden ist.[62] Üblicherweise werden auch die Satzungen der einzelnen Gesellschaften den Forderungen des Interessengemeinschaftsvertrages angepaßt. Die Sicherung des Bestandes der Interessengemeinschaft oder auch die Verstärkung der Kontrollmöglichkeit der Mitgliedgesellschaften untereinander werden häufig dadurch zu erreichen gesucht, daß die einzelnen Gesellschaften untereinander Effekten austauschen oder daß sie einen Austausch von Verwaltungsratsmitgliedern in die verschiedenen Verwaltungsratskollegien vornehmen.

[59] So auch Becker Art. 530 N. 1 S. 945 und N. 7 S. 948; Naegeli I S. 223.

Entsprechend handelt es sich nach deutschem Recht um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes. Vgl. dazu Friedländer, Vertragsrecht und Satzungsrecht S. 410; Friedländer, Interessengemeinschaft S. 27ff; Friedländer, Konzernrecht S. 224; Staub/Pinner § 306 N. 25 S. 1162; Haussmann, Grundlegung S. 120; Langen S. 14, 36; Giloi S. 37. Zur Frage, ob die Interessengemeinschaft auch in eine andere Gesellschaftsform, etwa als Einheitsgesellschaft, gekleidet werden kann, vgl. Friedländer, Interessengemeinschaft S. 30; Friedländer, Konzernrecht S. 224; Naegeli I S. 230f.

[60] Vgl. dazu Friedländer, Konzernrecht S. 226; Friedländer, Vertragsrecht und Satzungsrecht S. 407; Naegeli I S. 223f; Kost S. 25.

[61] Ebenso Haussmann, IG-S.P.O.K. S. 224 und Praxis S. 138.

[62] So auch etwa Friedländer, Konzernrecht S. 229; Naegeli I S. 220.

Was nun die *Organe* betrifft, so ist zunächst einmal auf eine Eigenart der Interessengemeinschaft in bezug auf die Stellung der Gesellschafterversammlung hinzuweisen. Beim Normaltypus einer einfachen Gesellschaft liegt die oberste Leitung der Geschäfte regelmäßig in den Händen der Mitgliederversammlung. Diese tritt hier aber als solche überhaupt nicht auf; vielmehr ist die Konzernleitung andern Organen anvertraut.[63] Dagegen liegt es in der Kompetenz der einzelnen Mitgliedgesellschaften, den Abschluß, die Änderung und die Aufhebung des Vertrages durch deren Verwaltungsratskollegien oder deren Generalversammlungen zu ratifizieren. Und diese Ratifikation muß eben auch als Beschluß der Mitgliederversammlung in der einfachen Gesellschaft, die die Interessengemeinschaft ja darstellt, gewertet werden.[64] Das wichtigste Organ jeder Interessengemeinschaft ist der Gemeinschaftsausschuß[65], der sich aus einzelnen Mitgliedern der Verwaltungsräte der Mitgliedgesellschaften zusammensetzt. In ihm ist die eigentliche Konzernleitung konzentriert und daher sind auch seine Befugnisse – je nach der Intensität der Bindungen, wie sie im Vertrage vorgesehen sind – ganz bedeutend. Soll die Organisation besonders straff durchgeführt werden, so dient hierzu die Schaffung weiterer Organe. Häufig ist dabei vor allem auch die Errichtung der Interessengemeinschaft in der Form der Doppelgesellschaft, in dem Sinne, daß neben der einfachen Gesellschaft noch eine besondere Organgesellschaft mit der Funktion einer Geschäftsführungsgesellschaft geschaffen wird.[66] Sie ist aber lediglich geschäftsführendes Organ der einfachen Gesellschaft und hat keineswegs die Konzernleitung inne, da diese auch hier beim Gemeinschaftsausschusse bleibt.

Im Laufe der Zeit haben sich in der Praxis zwei Hauptformen der Interessengemeinschaft herausgebildet, und zwar die *einfache* und die *zentrale Interessengemeinschaft*. Bei der einfachen Erscheinungsart handelt es sich um den Normalfall, auf den auch die bisherigen Ausführungen hauptsächlich zugeschnitten waren. Sie wird nach herrschender Lehre zu den Koordinationsgebilden gerechnet, was soviel sagen will, daß die einzelnen Glieder dieser Konzentrationsform rechtlich mehr oder weniger auf der gleichen Stufe stehen, also gleich-

[63] STATTHALTER S. 76 ist der irrigen Meinung, Mitgliederversammlung und Gemeinschaftsausschuß seien identisch.

[64] Vgl. dazu NAEGELI I S. 228f.

[65] Etwa auch Delegationsrat, Gemeinschaftsrat genannt.

[66] Vgl. hierzu besonders die Ausführungen bei NAEGELI I S. 229ff.

berechtigt sind. Auch wenn eine Organgesellschaft vorliegt, handelt es sich in den meisten Fällen um eine einfache Interessengemeinschaft; denn diese ist ja in ihrer ganzen Bedeutung und Bestimmung nicht Dachgesellschaft oder Konzernspitze,[67] sondern eben das geschäftsführende Organ einer einfachen Gesellschaft, das in untergeordneter Position steht. Wesentlich anders ist die zentrale Interessengemeinschaft aufgebaut[68], die einen eigentlichen Subordinationskonzern darstellt. Von einer zentralen Interessengemeinschaft spricht man regelmäßig dann, wenn die Mehrheit der Aktien der Mitgliedgesellschaften in den Händen einer Dachgesellschaft konzentriert ist. Diese Dachgesellschaft kann zwar innerhalb der Interessengemeinschaft die Funktionen einer Organgesellschaft innehaben, hingegen sind deren Aktien nicht etwa im Besitze der Mitglieder der Interessengemeinschaft, sondern ein Dritter oder auch eine einzelne Mitgliedgesellschaft hat diese mindestens zur Mehrheit in den Händen. Damit hat diese Dachgesellschaft also vor allem die Funktionen einer Holdinggesellschaft. Darüber hinaus ist ihr in den Organen der Interessengemeinschaft ein Übergewicht gegenüber den übrigen Gesellschaften gegeben. Die Gewinne der Gesellschaften werden vollständig an die Dachgesellschaft abgeführt, die diesen Mitgliedgesellschaften dann ihrerseits dafür eine Dividenden- oder Rentengarantie gewährt.

B. Die Abhängigkeit bei der Interessengemeinschaft

Bevor zu den Ausführungen über das Problem der Grenzen der Abhängigkeit bei Konzernen auf der Basis von Interessengemeinschaften übergegangen wird, bleibt noch festzustellen, ob überhaupt bei der Interessengemeinschaft die Mitgliedgesellschaften durch den Abschluß des Vertrages in Abhängigkeit geraten, und wenn dies der Fall ist, durch welche Maßnahmen dieser Zustand zu erreichen gesucht wird.

Ganz allgemein pflegt man in den Konzernverträgen in der einen oder andern Form eine Bestimmung aufzunehmen mit dem Sinne, daß durch den betreffenden Vertrag die *Selbständigkeit der einzelnen Ge-*

[67] Fälschlicherweise ist sie aber vielfach als Spitzen- oder Dachgesellschaft bezeichnet worden, etwa von Kleinschmidt S. 22, 33; Isay/Tschierschky S. 95; Giloi S. 39f, 42ff; Frowein S. 38.

[68] Dazu besonders Haussmann, Grundlegung S. 121f, von dem übrigens auch der Ausdruck stammt; Haussmann, IG-S.P.O.K. S. 211ff; Friedländer, Konzernrecht S. 208; Langen S. 18; Naegeli I S. 235ff.

sellschaften nicht berührt werden soll. Das Motiv der regelmäßigen Aufnahme dieses Satzes in die Verträge ist die Furcht, es könnte ein Gericht in einer Entscheidung den Vertrag wegen zu weitgehender Bindungen als ungültig aufheben. Und zwar waren Anlaß dieser Furcht und Anstoß zur Aufnahme dieses Sicherungsmittels zwei Entscheidungen des Reichsgerichtes[69]. Es taucht nun allerdings sofort die Frage auf, ob damit auch die gewünschte Sicherung des Bestandes des Vertrages, und somit der dort vereinbarten Bindungen erreicht zu werden vermag, oder ob es sich nicht eher einfach um eine Formel handelt, die im Grunde genommen keinen Wirklichkeitswert besitzt – ein Amulett, das vor dem bösen Blick schützen soll. Ob durch den Vertrag die Selbständigkeit einer Gesellschaft gewahrt bleibt oder nicht, kann ja nicht aus einer einzelnen Bestimmung abgeleitet werden, sondern nur aus der Betrachtung des Vertrages als Ganzes. Und nur, wenn sich dabei eine Übereinstimmung der übrigen Vertragsbestimmungen mit dem Satz, daß die Gesellschaften durch den Interessengemeinschaftsvertrag in ihrer Selbständigkeit nicht beeinträchtigt würden, ergibt, hat diese Bestimmung auch wirklich einen Sinn.

Es ist bereits weiter vorne dargelegt worden[70], daß hier in bezug auf die Konzerne von Abhängigkeit immer dann gesprochen werden soll, wenn eine juristische Person nicht mehr selber über ihr Unternehmen verfügt, sondern dieses durch Vertrag oder Bestimmungen des Statuts der Führung eines Dritten unterstellt. Es bleibt nun zu untersuchen, wie die einzelnen begrifflichen Elemente der Interessengemeinschaft sich zu diesem Abhängigkeitsbegriff verhalten, d. h. also ob sie geeignet sind, dessen Voraussetzungen vollständig zu erfüllen oder nicht.

Es ist gesagt worden, die Interessengemeinschaft sei ein *Konzern*[71]. Als solcher hat sie also zunächst eine Zusammenfassung von Unternehmungen darzustellen. So vermag einmal die Vergemeinschaftung der Gewinne eine einheitliche Vermögenssphäre zu schaffen, die dann, wo dies im Vertrage vorgesehen ist, durch eine Betriebsgemeinschaft noch erheblich verstärkt werden kann. Sodann ist die Vergemeinschaftung der Verwaltung – sie zeigt sich ja im Vertrage

[69] ERG Bd. 3 (1881) S. 132 ff und Bd. 82 (1913) S. 308 ff (Petroleum-Fall). Es wird darauf in anderem Zusammenhang noch näher zurückzukommen sein.

[70] Vorn S. 70.

[71] Vorn S. 82.

in der Schaffung gemeinsamer Organe in der einfachen Gesellschaft, denen die Führung der Unternehmungen zufällt, was ja gerade die Aufgabe der Konzernleitung ist – geeignet, die einheitliche Führung dieser Unternehmungen zu sichern. Daß diese Organe dabei gemäß einem einheitlichen Plane zu arbeiten haben, ergibt sich aus ihrer Aufgabe, den Konzern zu leiten und ist infolgedessen lediglich als eine logische Konsequenz ihrer Existenz zu betrachten. Für diesen einheitlichen Plan, nach welchem die Unternehmungen zu führen sind, spricht nun aber ganz besonders deutlich auch die im Vertrage aufgenommene eingehende Regelung der Art und Weise, nach welchen Grundsätzen die Organe in bezug auf die Gewinngemeinschaft vorzugehen hätten. Es zeigt sich also, daß die einzelnen Gesellschaften die Führung ihrer eigenen Unternehmungen aus der Hand geben und durch den Vertrag der Leitung der Organe der einfachen Gesellschaft, und damit der Leitung eines Dritten unterstellten. Und schließlich ist bei der Interessengemeinschaft auch das Merkmal des Vertrages gegeben, auf dem diese Bindungen der Mitgliedgesellschaften ja beruhen.

Daß bei einem Konzern in der Form der Interessengemeinschaft die einzelnen Mitgliedgesellschaften sich durch den Interessengemeinschaftsvertrag in Abhängigkeit begeben, indem sie die Führung ihrer Unternehmungen auf einen Dritten übertragen, ist nun gezeigt worden. Damit hat aber auch die bereits genannte stereotype Formel, durch den betreffenden Vertrag würden die Mitgliedgesellschaften in ihrer Selbständigkeit nicht beeinträchtigt, ihren Sinn und Wert eingebüßt, und es wäre aus diesem Grunde eigentlich zweckmäßiger und richtiger, sie überhaupt wegzulassen. Daß die Abhängigkeit bei der Interessengemeinschaft für die Mitgliedgesellschaften gegeben ist, will ja nun keineswegs bedeuten, daß diese Gesellschaften durch den Abschluß des Vertrages sich in einem das Recht und die Sittlichkeit verletztenden Grade, wie die Wendung in Art. 27 Abs. 2 ZGB heißt, auf ihre Selbständigkeit verzichtet hätten. Ob dies tatsächlich zutrifft oder nicht, ist ein anderes Problem, für das es keine generelle Lösung gibt, dem man vielmehr nur in der Weise beikommen kann, daß man im einzelnen auf die verschiedenen Interessengemeinschaftsverträge eingeht.

§ 18. Abhängigkeit auf Grund von Verträgen über die Bewirtschaftung von Unternehmungen

A. Begriffliches zu den einzelnen Vertragstypen

Bei den Verträgen, die im folgenden zu betrachten sind, handelt es sich zum Teil um Konzernverträge, zum Teil um Verträge, die lediglich als Partialgemeinschaften anzusprechen sind, wobei man nach allgemeiner Anschauung sämtliche daraus sich ergebenden Gebilde den Subordinationsformen der Unternehmenzusammenfassungen zurechnet – im Gegensatz zu den Interessengemeinschaften, die regelmäßig als Koordinationskonzerne bezeichnet werden. Die Praxis hat hier eine ganze Anzahl von verschiedenartigen Verträgen geschaffen. Die Folge davon ist, daß deren systematische Einordnung in der Theorie zu den unterschiedlichsten Stellungnahmen der einzelnen Autoren geführt hat,[72] so daß es nicht möglich ist, einfach auf eine herrschende Lehre zu verweisen, da es eine solche überhaupt nicht gibt. Dies ist auch der Grund, warum hier auf diese Fragen eingegangen werden

[72] Ackermann, Pachtgemeinschaften bei Aktiengesellschaften, ZBH Bd. 4 (1929) S. 368ff; Bauer S. 227ff; Burkart; Friedländer, Interessengemeinschaft S. 44ff; Friedländer, Rechtsformen; Friedländer, Konzernrecht S. 182ff; Frowein S. 23ff; Geiler S. 66ff; Giloi S. 9ff; Friedrich Graf, Organschaft und Organgesellschaft (Diss Frankfurt 1930) S. 82ff; Hamburger, Konzernrecht S. 232f; Haussmann, Grundlegung S. 112ff; Haussmann, Unternehmenszusammenfassungen S. 260ff; Haussmann, Praxis S. 106ff; Peter Hecker, Die rechtlichen Grundformen der Konzernorganisation (Diss Freiburg i. Br. 1930) S. 82ff; Hans Peter Hoenicka, Das Handelsgeschäft als Objekt eines Pachtvertrages (Diss Jena 1913); Hoeniger; Hollaender; Hans Huchzermeier, Pachtverträge über Teil- und Gesamtunternehmungen zwischen Kapitalgesellschaften (Diss Frankfurt 1925); Isay S. 157ff; Klingler; O. Kunze, Die Verpachtung des Betriebes einer Aktiengesellschaft, WTr Bd. 4 (1935) S. 39ff; Langen S. 17ff; Heinz Moebius, Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes (Diss Rostock 1905); Mummy; Naegeli I S. 255ff; Erwin Noack, Die Verpachtung eines Handelsgeschäfts (Diss Halle 1924); Oppikofer S. 138ff; Oser/Schönenberger Art. 275 N. 4 S. 1069f; Oskar Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs (Wien 1907, Manz); Oskar Pisko, Das kaufmännische Unternehmen, bei Ehrenberg Bd. 2 Abt. 1 (1914) S. 195ff; Rasch S. 64ff; Rosendorff, Konzernrecht S. 27ff; Friedr. Carl Erich Schmidt, Über die Verpachtung von Unternehmungen (mit Ausschluß bilanz- und steuerrechtlicher Fragen), Auszug (Diss Breslau 1929); Carl Schönewald, Über die Verpachtung von Handelsgeschäften (Diss Göttingen 1904); Starke; Statthalter S. 56ff; Thommen; Hans Werner Treusch von Buttlar, Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes (Diss Leipzig 1908); Trumpler S. 353ff; Weisbart S. 514ff.

muß, wenn auch nur behandelt werden soll, was der Übersichtlichkeit halber als unumgänglich erscheint.

Die hier zu behandelnden Verträge kursieren in der Literatur unter einer Fülle verschiedener Namen, wie etwa Unternehmenspacht, Betriebsüberlassungsverträge, einfache und zentrale Betriebs- oder Pachtungsgemeinschaften, Innenpacht, Interessengemeinschaften, Betriebsführungsverträge, Dienstverträge, Lohnverarbeitungsverträge, Indienststellungsverträge. Im folgenden sollen kurz auf ihren Gehalt hin untersucht werden der Betriebsüberlassungsvertrag – zu dem die Unternehmenspacht, die Innenpacht, die einfache und die zentrale Pachtungsgemeinschaft gerechnet werden –, der Indienststellungsvertrag, der Betriebsführungsvertrag und Lohnverarbeitungsvertrag. Diese Einteilung scheint mir die zweckmäßigste. Nach einer ältern Terminologie werden alle hier genannten Verträge zusammen mit den sogenannten Gewinngemeinschaften – den eigentlichen Interessengemeinschaften – dem Sammelbegriff Interessengemeinschaft unterstellt[73]. Dies ist deshalb unzweckmäßig, weil die Koordinationsgebilde, also gerade etwa die Interessengemeinschaften der Klarheit wegen nicht mit den Subordinationsformen vermengt werden sollten, sondern einer scharfen Trennung bedürfen, wenigstens soweit es sich nicht um Mischformen handelt.

Bei einem Teil dieser Verträge über die Bewirtschaftung von Unternehmungen, und zwar bei den *Betriebsüberlassungsverträgen* in allen ihren Formen und den *Indienststellungsverträgen* handelt es sich um typische *Konzernverträge*. Dies kann als herrschende Lehre bezeichnet werden, die aber keineswegs unangefochten geblieben ist. Weisbart[74] etwa begründet seine gegenteilige Ansicht damit, daß er ausführt, es würden bei diesen Verträgen lediglich Betriebe zusammengeschlossen, und das verpachtende Unternehmen als juristische Person bewahre seine Selbständigkeit vollständig.[75] Naegeli

[73] So vor allem etwa Rosendorff, Konzernrecht S. 22.

[74] Weisbart S. 425 f, 516.

[75] Dies muß sinngemäß auch als die Ansicht Naegelis betrachtet werden (I S. 255). Er scheint hier die Unterscheidung zwischen Unternehmen und juristischer Person fallen zu lassen und setzt sich damit in Gegensatz zu seinen eigenen Ausführungen über die Begriffe des Kartells und Konzerns, wo er den Konzern als eine Zusammenfassung von Unternehmungen bezeichnet (I S. 194) und beim Kartell die Auffassung vertritt, für den Wirtschaftswissenschafter handle es sich vor allem um die Zusammenfassung von Unternehmungen, für den Juristen eher um einen Zusammenschluß von Unternehmern (I S. 46 N. 7).

wiederum faßt die Verträge über die Bewirtschaftung von Unternehmungen – zusammen mit andern Konzentrationsgebilden – unter die sogenannten Partialgemeinschaften[76] und stellt diese damit ausdrücklich in Gegensatz zu den Konzernen als Vollgemeinschaften. Diese Gegenüberstellung begründet er damit, daß er behauptet, es fehle an einer einheitlichen Vermögenssphäre, so daß die Unternehmungen nicht in ihrem Kern getroffen würden, sondern nur an ihrer Außenseite. Weiter erklärt er, daß, wenn die Pacht eines Teilbetriebes nicht zu einem Konzernverhältnis und damit nicht zu einer Vollgemeinschaft führen könne[77], auch die Verpachtung eines ganzen Betriebes nicht zu einem Konzern zu führen vermöchte, da zwischen diesen beiden Arten nur ein gradueller, niemals aber ein funktioneller Unterschied bestehen könne[78]. Im Anschluß an NAEGELI ist auch KLINGLER der Ansicht, durch Verträge über die Bewirtschaftung von Unternehmungen entstünden keine Konzerne[79], wobei er allerdings einschränkend hinzufügt[80], daß aber doch überall dort, wo zwischen den Kontrahenten gleichzeitig ein Gesellschaftsvertrag bestehe, ein Konzernverhältnis anzunehmen sei.[81]

Ganz allgemein ist hier zunächst festzustellen, daß Ausdrücke wie Betriebsüberlassung, Betriebsführung, Betriebsgemeinschaft[82] zum mindesten zweideutig sind, denn die Überlassung bezieht sich – abgesehen von den Teilgemeinschaften, die hier nicht behandelt werden sollen – nicht auf Unternehmensteile, sondern auf das Unternehmen als Ganzes. Gegenüber der Unternehmung, die allgemein als wirtschaftliche Einheit betrachtet wird, ist der Betrieb eine technische Einheit[83] und infolgedessen innerhalb eines Unternehmens nur als Teil eines Ganzen zu betrachten. Die Ausdrücke Betriebsüberlassungsvertrag und Betriebsführungsvertrag haben sich aber dermaßen eingebürgert, daß es keinen Sinn hat, sie durch andere ersetzen zu wollen.

[76] NAEGELI I S. 255 ff.

[77] Dies will hier auch nicht bestritten werden.

[78] NAEGELI I S. 258.

[79] KLINGLER S. 17.

[80] KLINGLER S. 18.

[81] THOMMEN äußert sich zu dieser Frage überhaupt nicht. Er erwähnt die Probleme des Konzernrechts bei der Unternehmenspacht nicht einmal und läßt auch das konzernrechtliche Schrifttum außer Acht.

[82] Dies ist der Oberbegriff, den NAEGELI für sämtliche Verträge über die Bewirtschaftung von Unternehmungen benützt. Vgl. dazu NAEGELI I S. 255.

[83] Vgl. dazu SAITZEW S. 6 f.

Man muß dann aber bei der Festlegung des Gehaltes dieser Verträge vom Wortlaut des Ausdrucks abstrahieren; daß bei der Unternehmenspacht, dem Betriebsüberlassungsvertrag usw., sofern eine Vollgemeinschaft angestrebt ist, regelmäßig das Unternehmen in seiner Totalität erfaßt werden will, geht aus der Vertragspraxis auf diesem Gebiet deutlich hervor. Hält man die Begriffe der juristischen Person und des Unternehmens säuberlich auseinander[84], so ist es eine Selbstverständlichkeit, daß man nicht zum Schlusse kommen kann, die juristische Person als solche werde verpachtet, wie WEISBART im genannten Zitat etwa folgert, da sich eine derartige Konstruktion mit dem Pachtbegriffe ja keinesfalls decken könnte. Die Verweisung NAEGELIS auf den nur graduellen Unterschied zwischen der Teilgemeinschaft und der Vollgemeinschaft und seine Folgerung, daß, wenn beim einen kein Konzernverhältnis angenommen werde, auch beim andern nicht von einem Konzern gesprochen werden könne, steht aber gerade in Gegensatz zu seinen eigenen Ausführungen über die Subordinationskonzerne auf Grund von Beteiligungen, wo er richtigerweise auf graduelle Unterschiede abstellt und von Fall zu Fall entscheiden will, wo nun von Konzern gesprochen werden dürfe und wo nicht. So sagt er im Zusammenhang über die unvollständige Beherrschung durch Aktienbesitz im Gegensatz zur Einmanngesellschaft[85]: «Hier gibt es eine ganze Skala von verschiedenen Graden der Beherrschung. Schwierig ist es, den Punkt festzustellen, wo die eigentliche Beherrschung aufhört und in bloße Einflußnahme übergeht.» Und weiter[86]: «Es bleibt nichts anderes übrig, als bei jedem einzelnen fraglichen Fall unter Berücksichtigung der Gesamtsituation auf den tatsächlichen Grad der Beherrschung bzw. Einflußnahme abzustellen.» Wenn NAEGELI[87] sich bei seinen Ausführungen auf den Satz LIEFMANNS beruft, daß durch ein Pachtverhältnis kein Konzern zu entstehen brauche[88], so ist dies ganz offensichtlich eine schwache Stütze. Denn im Gegensatz zu NAEGELIS Folgerung könnte diesem Satz ebenso gut das Gegenteil entnommen werden, daß nämlich durch die Unternehmenspacht regelmäßig Konzerne entstünden, daß dies aber nicht notwendig so zu sein brauche. Die hier vertretene Auffas-

[84] Über die Notwendigkeit dieser Scheidung vgl. vorn S. 28 ff, 69 f.
[85] NAEGELI I S. 212.
[86] NAEGELI I S. 213.
[87] NAEGELI I S. 258 N. 13.
[88] LIEFMANN K. K. T. S. 281 f.

sung würde sich also mit LIEFMANNS Ansicht weitgehend decken.[89] Der Schluß, zu dem diese Ausführungen führen, ist also der, daß es sich bei den Betriebsüberlassungsverträgen, soweit sie die Unternehmungen als Ganzes erfassen, regelmäßig um typische Vollgemeinschaften, also um Konzerne handelt. Denn es ist die Zusammenfassung von Unternehmungen und damit auch die einheitliche Vermögenssphäre und die einheitliche Leitung gemäß einheitlichen Gesichtspunkten gegeben. Ob auch die Betriebsführungsverträge, Indienststellungsverträge, Lohnverarbeitungsverträge zu Konzernverhältnissen führen können, ist weiter hinten festzustellen.

Unter *Betriebsüberlassung* ist nun am zweckmäßigsten eine Gestaltung zu verstehen, durch welche eine Gesellschaft ihr Unternehmen einem Dritten zur Führung in dessen Interesse überläßt. Dabei handelt die übernehmende Gesellschaft stets auf eigene Rechnung. In wessen Name das Unternehmen betrieben wird, ist in das Belieben der Parteien gestellt. Mit dem Betriebsüberlassungsvertrag deckt sich nun in organisatorischer und wirtschaftlicher Hinsicht die Unternehmenspacht. Rechtlich ist der Unterschied darin zu suchen, daß es sich bei der Pacht um ein vom Gesetz festumrissenes Institut handelt, während die Betriebsüberlassung einer freieren Gestaltung durchaus zugänglich ist[90]. Für die Unternehmenspacht sind sodann noch zwei Varianten zu unterscheiden, nämlich der Normaltypus als eine Überlassung des Unternehmens auf den eigenen Namen und eigene Rechnung des Pächters und der Fall der Innenpacht, bei dem das Unternehmen vom Pächter im Innenverhältnis auf eigene Rechnung, nach außen hin aber im Namen der Verpächtergesellschaft geführt wird. Der gesetzliche Pachtbegriff umschließt beide Möglichkeiten[91], und es ist daher auch kaum zweckmäßig, die Innenpacht mit der Betriebsüberlassung identifizieren zu wollen, wie dies in älteren Schriften der Fall war[92].

[89] So auch RASCH, Konzernrecht S. 66.

[90] So etwa HOLLAENDER S. 758; STARKE S. 5, 7; NAEGELI I S. 256f; KLINGLER S. 30. In diesem Sinne auch § 256 Ziff. 2 des dAGes: «... ein Vertrag, durch den eine AG einem andern den Betrieb ihres Unternehmens verpachtet oder sonst überläßt...»

[91] Vgl. Art. 275 Abs. 1 OR.

[92] So etwa BAUER S. 234; HAMBURGER, Konzernrecht S. 232; FRIEDLÄNDER, Konzernrecht S. 183f, 256; FRIEDLÄNDER, Aktienrecht S. 15; HOLLAENDER S. 758; HAUSSMANN, Unternehmenszusammenfassungen S. 260f; GILOI S. 9f; MUMMY S. 16f, 19.

Für die Überlassung des Unternehmens zahlt der Übernehmende, im Falle der Unternehmenspacht der Pächter, der überlassenden Gesellschaft, bzw. der Verpächterin, ein Entgelt.[93] Regelmäßig wird es sich hierbei um eine Entschädigung in Form einer zum voraus bestimmten Summe handeln. Immerhin läßt das Gesetz die Möglichkeit offen, daß das Pachtentgelt sich nach dem Gewinn des Pächters bemißt in Form einer Dividenden- oder Rentengarantie. Denkbar ist natürlich auch die Verkoppelung der beiden Formen, wie dies aus der Vertragspraxis ersichtlich ist. Dadurch allerdings wird die das Unternehmen überlassende Gesellschaft zur Rentnergesellschaft, was sie auch zwingt, ihre Statuten in bezug auf den Gesellschaftszweck zu ändern.

Eine andere Form der Betriebsüberlassung ist die der *Pachtungsgemeinschaft*.[94] Dies ist eine Mischform zwischen Interessengemeinschaft und Unternehmenspacht.[95] Mehrere Gesellschaften verpachten ihre Unternehmungen an eine von ihnen gebildete einfache Gesellschaft und leiten gemeinsam diese Unternehmen und sind am Gewinn dieser Gemeinschaft beteiligt. Häufig findet sich auch die Gestaltung, daß die einfache Gesellschaft eine Organgesellschaft gründet und dieser die Führung der Unternehmungen überträgt.[96] Gemeinsam mit den Interessengemeinschaften ist diesen Pachtungsgemeinschaften, daß Unternehmungen zusammengefaßt werden und deren Eigentümergesellschaften an der Betriebsführung mitwirken und am Gewinn beteiligt sind. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß bei der Interessengemeinschaft die Unternehmungen im Besitze der Eigentümergesellschaft bleiben, während bei der Pachtungsgemeinschaft durch die Pachtverträge der Besitz auf die Gemeinschaft übergeht. Die Grenzen zwischen den beiden Konzernarten können aber unter Umständen fließend sein. So sagt auch KLINGLER, daß bei diesen Kombinationen für jeden einzelnen Fall gesondert zu untersu-

[93] Vgl. dazu etwa KLINGLER S. 120ff.

[94] NAEGELI I S. 259ff, spricht in diesem Zusammenhang von zentralen Pachtungsgemeinschaften. Vgl. dazu auch etwa HAUSSMANN, Grundlegung S. 120ff und Praxis S. 109.

[95] So auch GEILER S. 68f, 79; GEILER, Interessengemeinschaft S. 487f; LIEFMANN, Interessengemeinschaft S. 468f; FRIEDLÄNDER, Konzernrecht S. 256; KLINGLER S. 33f. FRIEDLÄNDER, Interessengemeinschaft S. 8, 19, auch STATTHALTER S. 56, 63 gehen m. E. zu weit, wenn sie diese Betriebsgemeinschaften den Interessengemeinschaften zurechnen.

[96] Verschiedene Varianten sind bei NAEGELI I S. 260ff dargestellt.

chen sei, ob gemäß dem materiellen Inhalt der Rechte und Pflichten, die der betreffende Vertrag für die Parteien mit sich bringt, das Moment der Interessengemeinschaft oder der Unternehmenspacht überwiege.[97] Naegeli dagegen ist der Auffassung, die beiden Begriffe seien scharf voneinander zu trennen; denn wenn mehrere Gesellschaften eine derartige Pachtgemeinschaft gründeten und dieser ihre Unternehmen verpachteten, hätte es doch keinen Sinn, die Gewinne, die jede Gesellschaft aus der Pachtungsgemeinschaft ziehe, noch einmal zusammenzuwerfen.[98] Es wird aber doch wohl niemand behaupten, die Gewinne müßten nochmals zusammengeworfen werden, wenn sie ja schon gemeinsam erzielt worden sind. Wesentlich ist nur, daß bei der Pachtgemeinschaft genau wie bei der Interessengemeinschaft die Gewinne gemeinschaftlich erzielt werden und daß die Mitgliedgesellschaften an diesen Erträgnissen beteiligt sind.

Für die zentrale Pachtungsgemeinschaft liegen in bezug auf die zentrale Interessengemeinschaft die Verhältnisse gleich wie zwischen der einfachen Interessengemeinschaft und der einfachen Pachtungsgemeinschaft, indem bei der zentralen Pachtungsgemeinschaft die Unternehmungen gepachtet werden.[99] Für diese Fälle gibt denn auch Naegeli die weitgehende Übereinstimmung zu.[100]

Diesen Betriebsüberlassungsverträgen stehen nun andere Vertragstypen gegenüber, wie der Indienststellungsvertrag, der Betriebsführungsvertrag und der Lohnverarbeitungsvertrag. Beim *Indienststellungsvertrag*[101] verpflichtet sich die eine Gesellschaft, ihr Unternehmen ausschließlich oder doch weitgehend in den Dienst einer andern Gesellschaft zu stellen und damit ganz oder im wesentlichen aus dem wirtschaftlichen Verkehr auszuscheiden. Für diese Verträge ist im allgemeinen ein besonderes Treueverhältnis zwischen den Vertragspartnern, das meist durch maßgebliche Beteiligung ermöglicht wird, Voraussetzung. Zudem ist auch vielfach eine ausgedehnte Kontrolle durch die indienststellende Gesellschaft vorgesehen, die auch für die

[97] Klingler S. 34.

[98] Naegeli I S. 265. So auch Weisbart S. 514; Haussmann, Grundlegung S. 111; Friedländer, Rechtsformen S. 210ff; Friedländer, Systematik S. 143; Friedländer, Aktienrecht S. 15; Giloi S. 9ff; Mummy S. 8; Burkart S. 12.

[99] Vgl. dazu die Ausführungen über die zentrale Interessengemeinschaft vorn S. 85f.

[100] Naegeli I S. 265 N. 31.

[101] Vgl. vor allem Hollaender S. 763f.

Leitung des Unternehmens der andern Gesellschaft bindende Weisung erteilt. Auch hier wird es sich um ein Konzernverhältnis handeln, indem das eine Unternehmen mit dem andern zusammengefaßt wird und für dieses arbeitet, und zwar nach einheitlichem Plan unter einheitlicher Leitung. Auch die gemeinsame Vermögenssphäre ist gegeben, indem die verpflichtete Gesellschaft von der indienststellenden ein Entgelt für ihre Tätigkeit erhält.

Beim *Betriebsführungsvertrag*[102] hat der Betriebsführer das Unternehmen der Eigentümergesellschaft in deren Namen und auf deren Rechnung zu führen. Dabei hat er sich an die Weisungen dieser Gesellschaft zu halten. Für seine Tätigkeit erhält der Betriebsführer ein Entgelt. Damit stellt sich die Betriebsführung rechtlich als eine entgeltliche Geschäftsbesorgung dar. Von einem Konzern kann nicht gesprochen werden,[103] weil hier Unternehmungen nicht zusammengefaßt werden; im Gegenteil sind die Unternehmungen der Betriebsführungsgesellschaft und der Auftraggeberin getrennt zu verwalten.[104]

Bei den *Lohnverarbeitungsverträgen*[105] entsteht keine Veränderung des Besitzverhältnisses in bezug auf das Unternehmen. Die verpflichtete Gesellschaft verwaltet sich selbst und hat die Nutzung am Unternehmen selbst. Sie verpflichtet sich aber, die Unternehmung ganz oder teilweise in den Dienst einer andern Gesellschaft zu stellen, wobei aber die berechtigte Gesellschaft nicht in die Führung des Unternehmens der verpflichteten Gesellschaft eingreifen darf. Auch hier kann nicht von einem Konzern gesprochen werden. Zwar werden die Unternehmungen zusammengefaßt und einem einheitlichen Plane unterstellt, aber von einer einheitlichen Leitung kann hier nicht gesprochen werden und eine einheitliche Vermögenssphäre ist überhaupt nicht vorhanden.[106]

[102] HAUSSMANN, Grundlegung S. 115 und Praxis S. 106f unterscheidet nicht scharf zwischen Indienststellungs- und Betriebsführungsverträgen. STARKE S. 5ff faßt sämtliche Verträge über die Bewirtschaftung von Unternehmungen unzweckmäßigerweise unter den Begriff der Betriebsüberlassung.

[103] So auch etwa TRUMPLER S. 355.

[104] Immerhin kann ein Konzernverhältnis dann als gegeben angenommen werden, wenn zum Betriebsführungsvertrag eine maßgebliche Beteiligung hinzukommt.

[105] Vgl. dazu vor allem HOLLAENDER S. 762.

[106] Die Bemerkung oben N. 104 hat auch hier Geltung.

B. Die Abhängigkeit bei den Verträgen über die Bewirtschaftung von Unternehmungen

Wie bei den Interessengemeinschaftsverträgen ist auch in den Verträgen über die Bewirtschaftung von Unternehmungen regelmäßig der Satz zu finden, daß der Abschluß des betreffenden Vertrages die Selbständigkeit der Kontrahenten in keiner Weise beeinträchtige. Für die Interessengemeinschaft ist ja bereits festgestellt worden, daß diese immer wiederkehrende Formel eines eigentlichen Sinnes entbehre, da für den Vertragstyp, den die Interessengemeinschaft darstelle, die Begebung der Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften Tatsache sei.[107] Diese selbe Frage ist hier für die Verträge über die Bewirtschaftung von Unternehmungen zu prüfen.

Als abhängig ist eine Gesellschaft bezeichnet worden, über deren Unternehmen einem Dritten die Leitung übertragen ist.[108] Diese Voraussetzung trifft nun mit ganz besonderer Deutlichkeit für die *Betriebsüberlassungsverträge* zu. Sämtliche unter den Begriff der Betriebsüberlassung fallenden Verträge, also die Betriebsüberlassungsverträge im engern Sinn, die Unternehmenspacht einschließlich die Innenpacht und die einfachen und zentralen Pachtungsgemeinschaften haben ja gerade den Zweck, ein Unternehmen einem Dritten zur Führung zu überlassen. Dabei ist die Zusammenfassung der Unternehmungen der überlassenden und der übernehmenden Gesellschaft in der Regel eine weitergehende als etwa bei der Interessengemeinschaft. Dies gibt denn auch Naegeli, der ja diese Verträge nicht als geeignet betrachtet, ein Konzernverhältnis herbeizuführen, ohne Einschränkung zu, wenn er sagt, daß betriebswirtschaftlich die Verknüpfung durch Verträge über die Bewirtschaftung von Unternehmungen regelmäßig sich viel intensiver gestalte als dies etwa bei der Interessengemeinschaft der Fall sei[109]. Die das Unternehmen übernehmende Gesellschaft erhält durch den Vertrag die Befugnis, das

[107] Vgl. vorn S. 86f.

[108] Dazu vorn S. 70.

[109] Naegeli I S. 258. Hollaender, S. 765f, etwa bezeichnet die Verträge über die Bewirtschaftung von Unternehmungen als diejenigen Verträge, die überhaupt konzernmäßige Abhängigkeit zu begründen vermögen. Wenn er dabei die Interessengemeinschaftsverträge für die Errichtung eines Abhängigkeitsverhältnisses ausdrücklich ausschließt, stellt er sich damit allerdings in Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung, wonach bei der Interessengemeinschaft die Abhängigkeit gegeben ist.

Unternehmen nach Gutdünken zu führen, eventuell sogar stillzulegen, ohne daß der Gegenpartei eine entsprechende Befugnis in bezug auf das Unternehmen der übernehmenden Gesellschaft eingeräumt wäre, gerade im Gegensatz zur Interessengemeinschaft, wo jeder einzelnen Gesellschaft bezüglich der Unternehmungen der andern Gesellschaften dieselben Rechte zugesprochen sind. Die Tatsache der Abhängigkeit ist daher bei diesen Verträgen ganz offensichtlich. Ein anderes Problem ist es dann allerdings wieder, ob die überlassende Gesellschaft durch den Vertragsabschluß in eine ihr Persönlichkeitsrecht verletzende Abhängigkeit gerate.

Da bei den *Indienststellungsverträgen* die Unternehmungen der beiden Vertragspartner zusammengefaßt werden und die indienststellende Gesellschaft die Befugnis hat, über die Leitung des Unternehmens der verpflichteten Gesellschaft zu bestimmen, muß auch hier regelmäßig die Abhängigkeit der verpflichteten Gesellschaft angenommen werden.[110]

Kein Abhängigkeitsverhältnis ergibt sich hingegen aus den *Betriebsführungsverträgen* und den *Lohnverarbeitungsverträgen*. Beim Betriebsführungsvertrag hat zwar die betriebsführende Gesellschaft die Aufgabe, das Unternehmen einer dritten Gesellschaft zu führen. Sie erfüllt diese Aufgabe aber nicht im eigenen Interesse, sondern vollständig im Interesse der Eigentümergesellschaft und hat sich infolgedessen auch bei ihrer Tätigkeit an deren Weisungen zu halten. Für die Lohnverarbeitungsverträge entfällt die Abhängigkeit deswegen, weil die berechtigte Gesellschaft an der Führung des Unternehmens der Gegenpartei keinen oder doch nur geringfügigen Anteil hat.

3. Abschnitt

Das Persönlichkeitsrecht als Grenze der konzernmäßigen Abhängigkeit

§ 19. Allgemeines

Bei dem hier folgenden Abschnitt handelt es sich darum festzustellen, wie weit eine juristische Person, die einem Konzern zugehört, sich ihrer Selbständigkeit begeben kann, ohne die in Art. 27 Abs. 2 ZGB genannten Schranken der Vertragsfreiheit, nämlich Recht und

[110] So auch TRUMPLER S. 355.

Sittlichkeit, zu überschreiten. Eine allgemein gültige Antwort auf diesen Fragenkomplex gibt es nicht. Daher ist auch der weiter vorn aufgestellte Begriff der Abhängigkeit[111] nicht zu werten als ein Allerweltsmittel, aus dem sich eine Lösung des Abhängigkeitsproblems ohne weiteres ergäbe. Seine Funktion besteht nur darin, den Blick auf die eigentlichen Probleme zu richten. Da ja das wirtschaftliche Leben derart verschieden geartete Verhältnisse schafft, wie man sie gerade in ihrer Vielfalt etwa bei der konzernmäßigen Abhängigkeit feststellen kann, würde es eine allzustarke Simplifizierung der Schwierigkeiten bedeuten, wollte man diese Fülle von Problemen gewalttätig auf einen Nenner zu bringen versuchen. Es scheint mir nun aber ebenso unrichtig zu sein, wenn das eigentliche Problem lediglich auf eine andere Ebene verschoben wird, da ja dadurch ebenfalls die eigentliche Lösung noch nicht gefunden ist. Es ist infolgedessen abzulehnen, wenn der Versuch unternommen wird, dieses Abhängigkeitsproblem einfach in das Problem des *Minderheitsschutzes* oder des *Gläubigerschutzes* umzudeuten und damit abzuschwächen. In dieser Richtung gehen etwa die Ausführungen Eggers, wenn er die Frage, welche Grenzen nun der Abhängigkeit gesetzt seien[112], folgendermaßen beantwortet[113]: «Diese wichtigste Frage des Konzernrechts löst sich auf in der allgemeinen Frage nach den Schranken der Mehrheitsherrschaft in der Aktiengesellschaft, in der Korporation überhaupt.» Einer Lösung näher kommt schon die Auffassung Kronsteins, daß die Grenze der Abhängigkeit in der *Kapitalbindung* zu finden sei[114]. Aber auch sie stellt höchstens eine Teillösung dar, die kaum zu befriedigen vermag. Die Meinung Froweins, die Begriffe der guten Sitten und der juristischen Person lägen auf verschiedener Ebene und es gehe nicht an, die Forderungen der Sittlichkeit auf Erwerbsgesellschaften anzuwenden[115], übersieht die Tatsache, daß der Gesetzgeber auch im Gesellschaftsrecht bereits zahlreiche Bestimmungen aufgestellt hat zum Schutze der Persönlichkeit und der öffentlichen Ordnung. Auch diejenige Auffassung, die erklärt, das *Gesellschaftsrecht* bedeute eine abschließende Regelung und der Gesetzgeber habe überall dort, wo

[111] Vorn S. 70.

[112] Er spricht hier von der abhängigen Gesellschaft, an der noch Drittaktionäre beteiligt sind.

[113] Egger, Rev. d. Handelsrechts S. 202.

[114] Kronstein S. 69f.

[115] Frowein passim.

es ihm nötig schien, bereits die erforderlichen Vorkehren zum Schutze der Persönlichkeit getroffen, und daß sich aus diesem Grunde ein weitergehender Schutz erübrige, ist abzulehnen, und zwar darum, weil die Bestimmungen der Art. 53 und 27/28 ZGB eine andere Betrachtungsweise nahelegen, indem sie auch den juristischen Personen der Persönlichkeitsschutz zuerkennen. Denn es geht ja hier um mehr als nur um den Schutz verschiedener Gruppen, die an der juristischen Person irgendein Interesse haben, auch nicht um die Kapitalbindung oder den Schutz des Unternehmens, sondern um die juristische Person als Ganzes. Und für diesen Fall erweist sich eben der vom Gesetz statuierte, auch für die juristische Person gültige Schutz der Persönlichkeit, der auf das Persönlichkeitsrecht verweist, als das richtige Mittel, das Problem der Grenzen der Abhängigkeit zu lösen, und zwar darum, weil eben das Persönlichkeitsrecht imstande ist, das Problem in seiner Ganzheit zu lösen. Dem Persönlichkeitsschutz, den das ZGB zur Verfügung stellt, haften ja nicht die Nachteile einer starren Regelung an und darum vermag er sich gerade auch der Vielfalt des wirtschaftlichen Lebens und dessen Notwendigkeiten am ehesten anzupassen.[116] Ganz abgesehen davon bedeutet aber ein umfassender Schutz der Persönlichkeit – wenn auch nur indirekt – den besten Garanten für eine richtige Lösung wichtiger die juristische Person betreffender Fragen, wie sie gerade etwa der Schutz der Minderheit, der Gläubiger, des Unternehmens und auch das Problem der Kapitalbindung mit sich bringt.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, welche Funktionen innerhalb einer Gesellschaft getroffen werden müssen, wenn man eine Abhängigkeit begründen will[117]. Dabei hat es sich gezeigt, daß gemäß zwingendem Aktienrecht gewisse Gestaltungen zur Begründung und Erhaltung der Abhängigkeit nicht statthaft sind. So wurde in jenen Ausführungen einmal dargelegt, daß die Wahl und auch die Abberufung der Verwaltung und der Kontrollstelle der Gesellschaft zwingend der Generalversammlung zustehen muß, daß also eine Delegation dieser Kompetenz, sei es an andere Gesellschaftsorgane, sei es an Dritte, nicht zulässig ist. Ausgeschlossen ist sodann auch der Verzicht auf das Gewinnstreben als solches, sofern nicht die Statuten der Gesell-

[116] So auch VON STEIGER S. 278 aff.

[117] Vorn S. 78. Zur Frage, wo die Grenzen der Abhängigkeit vom Standpunkt des Gesellschaftsrechtes aus liegen, vgl. vor allem FRANKENBERG und vorn § 16 S. 77 ff. Für das deutsche Recht etwa FRIEDLÄNDER, Konzernrecht; FROWEIN; KRONSTEIN.

schaft dies ausdrücklich vorsehen. Ebenso kann schließlich das Recht auf Gewinnverteilung, soweit der Gewinn zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist, der Generalversammlung nicht benommen werden. Der Sinn dieser Regelung ist nun offenbar der, daß der Gesetzgeber überall dort, wo es sich um Funktionen der Generalversammlung handelt, Dritten nicht erlaubt, bindende Weisung zu erteilen. Aber auch wenn die betreffenden Bestimmungen im Aktienrecht fehlen würden, müßte man zum selben Ergebnis kommen, und zwar aus der Betrachtung der Bedeutung, die die Generalversammlung als oberstes Organ für die Gesellschaft als juristische Person hat. Die Generalversammlung vertritt eben in erster Linie die Gesellschaft, und die Gesellschaft soll in Fragen, die mit ihrer Existenz als Rechtspersönlichkeit aufs engste zusammenhangen, selbständig handeln können. Dem gegenüber steht die Verwaltung durchaus auf der Seite des Unternehmens und hat für dieses zu sorgen, und da das wirtschaftliche Leben grundsätzlich auf die Bindung in ökonomischer Beziehung angewiesen ist und ohne sie überhaupt nicht existieren kann, ergibt sich auch die Möglichkeit, die Verwaltung weitgehenden Bindungen zu unterwerfen. Teilweise sind aber der Verwaltung auch Funktionen zugewiesen, die die Gesellschaft direkt, nicht erst über das Unternehmen betreffen. Auch hier sind zwar Bindungen möglich, aber nur in beschränkterem Maße. Daraus ergibt sich also, daß die Geschäftsführung von Weisungen Dritter abhängig gemacht werden kann. Das nämliche gilt auch in bezug auf die Verteilung des Gewinns, soweit dies nicht durch das Gesetz oder die Statuten der Kompetenz der Generalversammlung vorbehalten ist. Hier nun gibt es aber gewisse Grenzen, deren Überschreiten das Gesetz nicht billigen kann, und zwar aus dem Grunde, weil weitgehende Bindungen der Verwaltung auch die Gesellschaft in der Freiheit der Betätigung in allzuhohem Maße beeinträchtigen könnten. Und diese Grenze gibt nun eben das Persönlichkeitsrecht.

Die Gliederung der folgenden Ausführungen teilt den Stoff nach den einzelnen Typen von Konzernverträgen, die hier von Interesse sein können. Diese Einteilung drängt sich darum auf, weil die Abhängigkeit, die sich aus diesen Verträgen ergibt als Ganzes betrachtet werden muß. Denn es würde zu unbefriedigenden Resultaten führen, wollte man die einzelnen Komponenten, die die Abhängigkeit begründen, isoliert untersuchen in bezug auf das Persönlichkeitsrecht. Vielmehr muß jeder Vertrag in seiner Einheit gewertet werden, wobei

auch den Beweggründen und der wirtschaftlichen Situation der Partner Beachtung geschenkt werden muß.

Nun besteht allerdings die rein äußerliche Schwierigkeit, solche Konzernverträge überhaupt zu Gesicht zu bekommen, denn da sie für den betreffenden Konzern eine außerordentliche Bedeutung besitzen und dem Außenstehenden Einblick in die Verhältnisse und Beziehungen der einzelnen Konzernglieder zueinander gewähren, werden sie in ganz besonderem Maße geheim gehalten. Infolgedessen ist man eben auf ein paar wenige Verträge angewiesen, die umständehalber, sei es durch gerichtliche Entscheidungen, sei es aus andern Gründen, an die Öffentlichkeit gedrungen sind. Daneben gibt es allerdings auch Zusammenstellungen von Vertragsmustern, deren Wert aber deshalb nur beschränkt ist, weil es sich dabei teils um Phantome, teils um Vereinfachungen tatsächlich geschlossener Verträge handelt, die lediglich zeigen sollen, wie man derartige Vereinbarungen etwa gestalten könnte und müssen daher für die hier vorgesehenen Untersuchungen als ungeeignet ausscheiden.

§ 20. Der Persönlichkeitsschutz bei Interessengemeinschaftsverträgen

In den folgenden Ausführungen soll nun anhand eines Beispiels aus der Praxis untersucht werden, ob der Interessengemeinschaftsvertrag die Selbständigkeit der einzelnen Mitgliedgesellschaften in einem Grade, der deren Persönlichkeitsrecht verletzen würde, zu vermindern vermöchte. Den Ausführungen ist der Vertrag Schultheiß-Patzenhofer/Ostwerke/Kahlbaum zu Grunde gelegt, der durch das Statut der Geschäftsführungsgesellschaft dieser Interessengemeinschaft ergänzt wird. Daß die Statuten dieser Geschäftsführungs-GmbH einen Teil des Interessengemeinschaftsvertrages darstellen, ergibt sich aus § 3 Abs. 1 des Vertrages, wo es heißt:

> «Die Satzung der GmbH ist insofern Bestandteil dieses Vertrages, als alle Rechte und Pflichten, die das Statut für die Gesellschaften in dem Gemeinschaftsausschuß vorsieht, als Rechte und Pflichten auf Grund dieses Vertrages anzusehen sind.»

Die Wahl fiel auf diesen Interessengemeinschaftsvertrag, weil er einer der wenigen in extenso veröffentlichten ist und als ein Muster eines gut durchgebildeten Interessengemeinschaftsvertrages betrachtet werden kann. Zwar handelt es sich dabei um einen Vertrag, der

nach deutschem Rechte aufgestellt wurde und daher auch nach deutschem Recht beurteilt werden sollte; aber es kann doch darauf hingewiesen werden, daß ein Interessengemeinschaftsvertrag nach schweizerischem Recht sich nicht wesentlich vom vorliegenden Beispiel unterscheiden würde. Zudem ist es ja das Ziel dieser Arbeit, die schweizerische Lösung des Abhängigkeitsproblems darzustellen, und da die Möglichkeit fehlt, diese Untersuchungen anhand eines schweizerischen Interessengemeinschaftsvertrages vorzunehmen, kann der genannte Vertrag ohne große Bedenken zu diesem Zweck herangezogen werden.

Neben dem Vertrag der IG-S.P.O.K. sollen vergleichsweise und als Ergänzung auch andere Verträge zugezogen werden: Der Interessengemeinschaftsvertrag der Siemens/Rheinelbe/Schuckert-Union und das Statut deren Geschäftsführungs-GmbH und der Interessengemeinschaftsvertrag zwischen der Allgemeinen Elektrizitätsgesellschaft und der Union Elektrizitätsgesellschaft.

A. Die Interessengemeinschaft Schultheiß-Patzenhofer/Ostwerke/Kahlbaum[118]

Von den Bestimmungen eines Konzernvertrages, die entsprechend dem hier vertretenen Abhängigkeitsbegriffe am ehesten dazu bestimmt sind, die Selbständigkeit einer oder auch mehrerer juristischer Personen zu beschneiden, sind diejenigen über die *Führung des Unternehmens* an erster Stelle zu nennen. Daher sei zunächst auf § 2 des Vertrages der IG-S.P.O.K. hingewiesen, der dieses Verhältnis grundsätzlich regelt:

> «Die nachstehenden Vereinbarungen sollen so verstanden und ausgelegt werden, daß im Rahmen des rechtlich Zulässigen die Verfolgung von Sonderinteressen ausgeschlossen ist. Die Interessengemeinschaft bezieht sich auf die gesamten Geschäfte und Unternehmungen der Gesellschaften. Sondergebiete bestehen nicht und können auch nicht begründet werden. Die Interessengemeinschaft erstreckt sich auf die Nutzbarmachung aller den Gesellschaften gehörigen Güter, Rechte und Beziehungen.»

Die Bestimmung zeigt mit aller Deutlichkeit – sie wiederholt es zu

[118] Der Vertrag ist im Anhang, hinten S. 146 ff, wiedergegeben.

verschiedenen Malen –, daß die Mitgliedergesellschaften zugunsten der Gemeinschaft auf die selbständige Unternehmensführung verzichten müssen. Und zwar heißt es ausdrücklich, es handle sich nicht um die Zusammenfassung nur bestimmter Teile der einzelnen Unternehmungen oder um Zusammenarbeit auf bestimmten Gebieten, sondern die Unternehmen sollen in ihrer Ganzheit erfaßt werden. Die Interessengemeinschaft bedeutet also dabei, daß sämtliche den Gesellschaften gehörenden Güter, Rechte und Beziehungen für die Gemeinschaft nutzbar gemacht werden wollen. Dieser Gedanke der vollständigen Zusammenfassung kommt auch in verschiedenen weiteren Vorschriften des Vertrages zum Ausdruck, und zwar insofern als sie näher bezeichnen, wie diese Vergemeinschaftung im einzelnen durchzuführen sei. So wird etwa bei der Umschreibung der Aufgaben der S.P.O.K.-GmbH für die Interessengemeinschaft in § 4 Abs. 1 gesagt, die GmbH habe die Durchführung des Gemeinschaftsgedankens innerhalb der Interessengemeinschaft zu überwachen und sicherzustellen, wozu ihr die verschiedensten Befugnisse eingeräumt sind. So kann die GmbH jederzeit Auskünfte verlangen über geschäftliche Verhältnisse, laufende Geschäfte und geschäftliche Ansichten (§ 4 Abs. 1 Ziff. 1), sie kann jederzeit Bücher und Geschäftspapiere der einzelnen Gesellschaften einsehen (§ 4 Abs. 1 Ziff. 3). Sodann hat sie auch die Grundsätze über die Behandlung einzelner Geschäfte aufzustellen, Anweisungen zu geben, wie diese durchgeführt werden sollen (§ 4 Abs. 1 Ziff. 4) und erstellt einen gemeinsamen Finanzplan (§ 4 Abs. 1 Ziff. 5). Eine weitere Aufgabe der GmbH in bezug auf die Unternehmensführung der Gesellschaften ist auf die Festsetzung von Richtlinien für die Aufstellung der Vorbilanzen gerichtet (§ 4 Abs. 1 Ziff. 6) und die Entscheidung darüber, inwieweit dabei Abschreibungen und Rückstellungen vorzunehmen sind (§ 11 Abs. 1), und vor allem auch die Überprüfung der Vorbilanzen auf ihre Richtigkeit (§ 4 Abs. 1 Ziff. 6).

Die letzte Entscheidungsgewalt in sämtlichen die Interessengemeinschaft betreffenden Fragen ist gemäß § 5 Abs. 1 des Vertrages in die Hände des Gemeinschaftsausschusses gelegt, was ja nichts anderes besagen will, als daß in ihm die eigentliche Konzernleitung konzentriert ist. Insbesondere setzt er auf Antrag der GmbH die Beträge fest, die die Gesellschaften zu Abschreibungen und Rückstellungen zu verwenden haben (§ 11 Abs. 7). Daneben hat die GmbH die Pflicht, für gewisse Belange und Rechtsgeschäfte, die die Interessengemein-

schaft betreffen oder einzelne der Mitgliedgesellschaften, die Zustimmung des Gemeinschaftsausschusses einzuholen (§ 6 Abs. 2 Ziff. 1–7).

Überblickt man diesen Katalog von Beschränkungen in der Führung der Unternehmen, die der Vertrag den einzelnen Gesellschaften auferlegt, so wird einem das außerordentliche Maß klar, in dem die verschiedenen Verwaltungen ihrer eigentlichen Aufgabe entledigt werden, indem ihre Rechte und Pflichten in bezug auf ihre Unternehmungen und deren Eigentümer im wesentlichen auf eine dritte Instanz übertragen werden. Daß sich dadurch jede einzelne Gesellschaft eines ganz wesentlichen Momentes ihrer Persönlichkeit begibt, kommt in diesen Bestimmungen deutlich genug zum Ausdruck. Denn der eigentliche Zweck jeder dieser Gesellschaften ist es doch, ein Unternehmen zu betreiben, um aus dieser Tätigkeit Gewinn erzielen zu können und diesen, sei es zum weiteren Ausbau des Unternehmens, sei es zu Zahlungen an die Aktionäre zu verwenden. Zwar hat der Abschluß des Interessengemeinschaftsvertrages keineswegs zur Folge, daß etwa der Ausbau der Unternehmungen oder die Dividendenzahlung unterbleiben oder auch nur beschränkt würden, sondern der Vertrag sieht diese Möglichkeiten vor und regelt sie ausführlich, aber den Gesellschaften ist durch den Abschluß des Vertrages die Möglichkeit genommen, selbständig und in eigener Verantwortung über derartige Maßnahmen zu bestimmen, und sie müssen darin vollständig auf die Entschlüsse der Konzernorgane abstellen.

Parallel zu dieser Begebung einer selbständigen Führung der Unternehmungen durch deren Verwaltungen gehen nun auch die Bestimmungen des Vertrages, die auf einen *Verzicht jeder Gesellschaft auf eine eigene Geheimsphäre* hinauslaufen. Im Grunde ist sie ja nur die notwendige Konsequenz der zuerst genannten Beschränkungen, die ja ohne eine ausgedehnte Kontrolle, die eben jegliche Geheimhaltung ausschließen und zunichte machen soll, überhaupt nicht denkbar wären. Die Vorschriften des Vertrages, aus denen dieser Verzicht auf die Geheimsphäre hervorgeht, sind die bereits genannten des § 4, wonach die GmbH jegliche Auskunft verlangen und jederzeit Einblick nehmen kann in Betriebsführung, geschäftliche Verhältnisse, Geschäftsbücher und Geschäftspapiere. Durch diese Regelung verbleibt den Mitgliedgesellschaften nichts, das irgendwie noch als Geheimsphäre betrachtet werden könnte. Sie sind gezwungen, alles was ihr Unternehmen betrifft, der Konzernleitung preiszugeben. Eine viel

weitergehende Beschränkung im Persönlichkeitsrecht in bezug auf das Gut der Geheimsphäre ist also kaum denkbar.

Für die *Gewinnverteilung* ist die Regelung gemäß § 11 Abs. 5 in der Weise getroffen, daß jede Gesellschaft am Gesamtgewinn der Interessengemeinschaft mit einem bestimmten Prozentsatz beteiligt ist. Diese Beteiligungsquoten wurden entsprechend der Geschäftslage der Mitgliedgesellschaften bei Abschluß des Vertrages festgesetzt. Die Folge davon ist also, daß jede Gesellschaft, die mehr Gewinn erzielt hat, als ihr gemäß ihrer Beteiligungsquote zukommt, diesen Mehrbetrag herauszahlen muß (§ 11 Abs. 6). Von diesen Beträgen sind sodann die vom Gemeinschaftsausschuß bestimmten Summen für Rückstellungen und Abschreibungen abzuziehen (§ 11 Abs. 7). Der Rest verbleibt gemäß § 11 Abs. 7 und § 12 Abs. 1 des Vertrages zur freien Verfügung der Gesellschaften. Immerhin ist dazu in § 12 Abs. 2 einschränkend beigefügt, daß die Gesellschaften die Höhe der Dividenden in demjenigen Verhältnisse auszuschütten hätten, das sich aus den Beteiligungsquoten ergebe. Auch in diesen Vorschriften liegt wiederum eine Preisgabe der selbständigen Entscheidungsbefugnis über eine Aufgabe, die grundsätzlich eben von den einzelnen Gesellschaften erfüllt werden und nicht Dritten überlassen bleiben sollte. Und darin liegt zweifellos ebenfalls eine Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit.

Eine analoge Regelung wie für die Gewinnverteilung ist in § 13 Abs. 3ff auch für den Substanzausgleich für den Fall der Auflösung der Interessengemeinschaft getroffen worden, für die das bereits über die Gewinnverteilung Gesagte Geltung hat.

Verschärfend für diese Beschränkungen in der Selbständigkeit der Mitgliedgesellschaften wirkt nun noch besonders die lange *Dauer*, die bei den Interessengemeinschaftsverträgen regelmäßig vorgesehen ist. Der vorliegende Vertrag bestimmt in § 13 Abs. 1, daß der Vertrag während 59 Jahren Gültigkeit haben soll. Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt die Beschränkungen, die der Vertrag den Mitgliedgesellschaften auferlegt in bezug auf ihre Selbständigkeit der Betriebsführung und Gewinnverteilung und in dem Verzicht auf eine eigene Geheimsphäre für diese Zeit, so muß man zweifellos zum Schlusse kommen, der Vertrag habe als Äquivalent dafür der Mitgliedgesellschaft auch weitgehende Rechte und wirtschaftliche Vorteile einzuräumen, oder er sei in Mißachtung der Bestimmung des Art. 27 Abs. 2 ZGB, daß niemand sich in einen das Recht und die Sittlichkeit

verletzendem Grade seiner Freiheit begeben dürfe, als nichtig zu betrachten.

Tatsächlich jedoch bringen diese Beschränkungen der Freiheit den Gliedern der Interessengemeinschaft mancherlei *Vorteile* mit sich, die diesen Beschränkungen ihre besondere Schärfe zu mildern vermögen, was denn auch den einzelnen Gesellschaften offenbar den Abschluß des Vertrages in günstigem Lichte erscheinen ließ. Dies wird besonders klar ersichtlich, wenn man auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der einzelnen Gesellschaften vor dem Vertragsschlusse zurückgreift.[119] So schlossen sich zunächst die Ostwerke Aktiengesellschaft und die C. A. F. Kahlbaum Aktiengesellschaft, die beide bereits eine bewegte Geschichte zu verzeichnen hatten, zu einer Interessengemeinschaft zusammen. Beide zunächst Spritunternehmungen, bauten sie unter dem Zwang der Verhältnisse, die vor allem auch durch den Übergang der Spriterzeugung auf ein staatliches Monopol geschaffen worden waren, ihre Unternehmungen weiter aus. Die Ostwerke, die bereits vorher an Kahlbaum interessiert waren, konnten ihren Einfluß noch weiter ausbauen, was sich in der Geschäftsführung von Kahlbaum in der Folge auch bemerkbar machte. Zu dieser Zeit war die wirtschaftliche Lage im Spirituosengewerbe außerordentlich günstig. Auf der andern Seite war die Konjunktur beim Bier eine schlechte, was seinen Grund unter anderem auch darin hatte, daß den Brauereien eine Braubeschränkung auferlegt wurde, deren Notwendigkeit sich aus der damaligen Getreideknappheit ergab. Da zwischen der Konjunktur des Spirituosengewerbes und der des Biergeschäfts eine Relation insofern zu bestehen schien, als einer guten Marktlage beim Likör eine schlechte beim Bierbrauereigewerbe gegenüberstünde und umgekehrt, ließ es den Ostwerken und Kahlbaum ratsam erscheinen, eine Brauerei in ihre Interessengemeinschaft einzubeziehen, um dadurch einen gewissen Ausgleich zu schaffen für eine Zeit, in der die Verhältnisse vielleicht umgekehrt liegen würden. Und dazu war ja auch der Moment besonders günstig. So schlossen sich in der Folge die Ostwerke und Kahlbaum mit der Schultheiß-Patzenhofer-Brauerei AG zusammen, deren Interessengemeinschaftsvertrag hier nun zur Diskussion steht. Diese Vorgeschichte läßt erkennen, daß der Abschluß eines Interessengemeinschaftsvertrages durch die drei genannten Ge-

[119] Vgl. dazu STATTHALTER S. 38 ff; Olga HEYMANN, Der Bier- und Spritkonzern (Berlin/Wien 1923, Spaeth & Linde).

sellschaften wirtschaftlich durchaus gerechtfertigt, ja sogar angezeigt war, da er als die Folge von vernünftigen Überlegungen betrachtet werden muß. Tatsächlich erwies sich dies schon wenige Jahre später, als die Verhältnisse sich stark zugunsten des Bierbrauergewerbes auf Kosten des Spirituosengeschäfts verschoben.

In rechtlicher Hinsicht stehen den vorn aufgeführten schwerwiegenden Beschränkungen der Freiheit und Verzichten auf persönliche Güter auch eine Anzahl von Rechten gegenüber, die sich ebenfalls aus dem Interessengemeinschaftsvertrage ergeben. So bringt der Verzicht auf eine selbständige Leitung des eigenen Unternehmens jeder Gesellschaft die Möglichkeit, auch ihrerseits Einfluß auf die Unternehmungen der andern beiden Gesellschaften zu gewinnen. Dies vor allem durch das einflußreichste Organ der Interessengemeinschaft, den Gemeinschaftsausschuß, in welchem die einzelnen Gesellschaften mit je fünf Personen vertreten sind. Sämtliche Befugnisse, die der Gemeinschaftsausschuß gegenüber jeder Gesellschaft hat, kann jede Gesellschaft durch ihre Vertretung in diesem Organ auch gegenüber den beiden andern Gesellschaften zur Geltung bringen. Und zwar kann jede Gesellschaft gemäß § 5 Abs. 1 des Vertrages ihre Vertreter nach eigenem Belieben aus dem Kreise ihrer Aufsichtsratsmitglieder bestimmen. Einen Einfluß auf diese Wahlen nimmt die Interessengemeinschaft nicht, so daß dabei bis zu einem gewissen Grade Gewähr geboten ist dafür, daß diese Mitglieder des Gemeinschaftsausschusses bei ihren Funktionen auch die Interessen der eigenen Gesellschaft wahren können. Durch diese ihre Vertretung beim Gemeinschaftsausschuß sollte den Gesellschaften auch Gelegenheit geboten werden, die Geschäftsführer der GmbH zu ernennen (§ 6 Abs. 1 der Statuten der GmbH)[120] und dadurch Einfluß auf die Geschäftsführung der übrigen Gesellschaften zu gewinnen durch die Kompetenzen, die der GmbH durch den Interessengemeinschaftsvertrag und ihre Statuten zugewiesen sind. In gleicher Weise wird auch die Begebung der Geheimsphäre durch die Möglichkeit des Einblicks in Geschäftsführung, Rechnungsbücher, Geschäftspapiere usw. der übrigen Gesellschaften weitgehend wieder aufgehoben.

Die Regelung der *Gewinnverteilung* birgt, so sehr den einzelnen Gesellschaften dadurch Beschränkungen auferlegt werden, doch den großen Vorteil einer Risikoverteilung in sich und hat offenbar die

[120] Daß nach schweizerischem Gesellschaftsrecht eine derartige Bestimmung allerdings ungültig sein muß, ergibt sich aus Art. 810 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

Parteien auch zum Abschluß dieses Vertrages veranlaßt. Die erwähnten Schwankungen in der Konjunktur, die sich natürlich auch auf die Dividendenausschüttung auswirken mußten, sollten eben wenigstens bis zu einem gewissen Grade ausgeschaltet, zum mindesten abgeschwächt werden. Aus diesem Grunde war die Möglichkeit einer Dividendengarantie, die die Gesellschaften zu Rentnergesellschaften gemacht hätte, von vornherein ausgeschlossen – eine solche würde ja auch dem Wesen der einfachen Interessengemeinschaft entgegenstehen; die Dividende soll hier eben immer vom Geschäftsergebnis abhängig bleiben. Auch die Bestimmungen über den Substanzausgleich sind durchaus als richtige Lösung zu betrachten, da doch diejenige Gesellschaft, die im Auftrag der Gemeinschaft besondere Aufwendungen gemacht hat, eben bei der Auflösung der Interessengemeinschaft dafür angemessen entschädigt werden muß.

Auf zwei Bestimmungen des Interessengemeinschaftsvertrages sei hier noch besonders hingewiesen, die nach schweizerischem Gesellschaftsrecht keine Gültigkeit haben könnten. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR weist der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft als unübertragbare Befugnis die Festsetzung und die Änderung der Statuten zu. Dem gegenüber bestimmt nun aber § 9 Abs. 4 des Vertrages, daß die Statuten ohne Zustimmung des Gemeinschaftsausschusses nicht geändert werden könnten:

> «Die Gesellschaften werden ihre Statuten auch im übrigen möglichst untereinander in Übereinstimmung bringen und diesem Vertrage anpassen. Änderungen der alsdann festgestellten Statuten sollen ohne Zustimmungen des Gemeinschaftsausschusses nicht zulässig sein.»

Die andere Bestimmung des Vertrages ist den Statuten der S.P.O.K.-GmbH entnommen, und zwar handelt es sich um § 6 Abs. 1, wonach die Geschäftsführer der GmbH vom Gemeinschaftsausschuß zu bestellen sind. Dem gegenüber schreibt aber Art. 810 Abs. 1 Ziff. 2 OR zwingend vor, daß Wahl und Abberufung der Geschäftsführer einer GmbH der Gesellschafterversammlung zustehen müssen. Daß es sich aber beim Gemeinschaftsausschuß nicht um die Mitgliederversammlung handelt, ist früher gesagt worden.[121] Beide Vorschriften des Gesellschaftsrechts sind als zwingend zu betrachten, da sie ja eine Ordnung der grundlegendsten Befugnisse innerhalb einer AG, be-

[121] Vorn S. 85.

ziehungsweise einer GmbH darstellen. Die genannten Vertragsbestimmungen sind daher als nichtig zu betrachten, können aber, da ihnen keine zentrale Bedeutung zukommt, den Bestand des übrigen Vertrages nicht erschüttern.

Es fragt sich, ob der Vertrag der IG-S.P.O.K. im Hinblick auf das *Persönlichkeitsrecht* Bestand haben kann, d. h. also, ob die Beschränkungen, die der Vertrag für jede der drei Mitgliedgesellschaften mit sich bringt, die Selbständigkeit der Gesellschaften in einem das Recht und die Sittlichkeit verletzenden Grade beeinträchtigen. Dies ist m. E. aus den folgenden Gründen zu verneinen.

Bei der Unternehmensführung dreht sich das ganze Problem dieser Beschränkungen um die *Verantwortlichkeit*. Daß Beschränkungen in der Führung eines Unternehmens zugunsten eines Dritten möglich und grundsätzlich nicht widerrechtlich sind, ist früher dargelegt worden.[122] Es kann sich also nur um die Bestimmung des erlaubten Maßes handeln. Das Gesellschaftsrecht gibt der Verwaltung einer AG, beziehungsweise der Geschäftsführung einer GmbH sämtliche Kompetenzen in die Hand, die diese zur Leitung eines Unternehmens überhaupt benötigen kann, stellt aber gleichzeitig Vorschriften auf, die die Haftung, die sich aus dieser Tätigkeit ergeben kann, umschreiben. Da diese Haftungsgrundsätze eine besondere Strenge aufweisen, konnten die Rechte und Pflichten außerordentlich weit gefaßt werden. Nun tritt aber bei der konzernmäßigen Abhängigkeit eine Verschiebung in diesem Verhältnis insofern ein, als die selbständige Geschäftsführungstätigkeit der Verwaltung beim eigenen Unternehmen auf ein Minimum beschränkt wird durch die Konzernverträge, wogegen die Haftung dieselbe bleibt. Dort wo die Verwaltung überhaupt noch Funktionen der Gesellschaft in bezug auf das Unternehmen innehat, wie etwa gerade bei der Interessengemeinschaft, sind diese durchaus unselbständige, jedenfalls im wesentlichen von einem Dritten vorgeschriebene und kontrollierte Funktionen. Und trotzdem haftet die abhängige juristische Person mit ihren Organen und Organpersönlichkeiten, genau wie wenn sie in eigener Kompetenz handeln würde. Diese außerordentliche Divergenz, die sich daraus zwischen Kompetenz und Haftung ergibt, ist vom Persönlichkeitsrecht aus betrachtet umso schwerwiegender, als bei der rechtlichen Regelung der juristischen Personen im Gesetz eben gerade die Verantwortlichkeit für die Zuerkennung der

[122] Vgl. vorn S. 79f.

Persönlichkeit ein wesentliches Moment bildete. Diesem Umstand wollte die deutsche Theorie vor allem Rechnung tragen dadurch, daß sie es mit der Konstruktion versuchte, für die genannten Fälle sei auch die Haftung auf die herrschend Person zu überwälzen. Das Resultat einer derartigen Gestaltung ist aber, ganz abgesehen davon, daß es der Rechtsordnung entgegensteht[123] – zur juristischen Person gehört wesentlich die Verantwortlichkeit –, durchaus ungenügend und befriedigt nicht, ganz besonders auch etwa wegen der Unsicherheit, die sich aus der Schwierigkeit, festzustellen, für welche Fälle diese Regelung einzugreifen hätte, ergeben würde. Im vorliegenden Falle findet sich zwar auch eine derartige Verschiebung der Kompetenz, das Unternehmen zu führen, indem die Geschäftsführungs-GmbH und der Gemeinschaftsausschuß über alles Wesentliche zu bestimmen haben. Aber diese Ordnung wird doch bedeutend gemildert durch die Organisation des Gemeinschaftsausschusses, durch den ja jede Gesellschaft mit Hilfe ihrer Vertreter für ihr eigenes Unternehmen wenigstens bis zu einem gewissen Grade sorgen kann. Jedenfalls schafft diese Regelung einen gewissen Ausgleich insofern, als diese Vertreter auch ein Mitbestimmungsrecht haben, wenn über ihr eigenes Unternehmen verfügt werden soll.

Was die *Geheimsphäre* anbelangt, so ist ja bereits auf den schwerwiegenden Eingriff, den jede Gesellschaft in ihre persönlichen Güter sich gefallen zu lassen verpflichtet, hingewiesen worden. Auch hier wird man sagen können, daß die getroffene Regelung an die Grenze des Zulässigen reicht, sie aber nicht überschreitet. Denn man muß sich doch immer bewußt sein, daß die eigentliche Bedeutung der Geheimsphäre sich am ausgeprägtesten bei der natürlichen Person in bezug auf die nichtwirtschaftlichen Güter zeigt, wobei auch schon geringfügige Verletzungen eben bereits das Persönlichkeitsrecht zu verletzen vermögen. Für die wirtschaftliche Seite der Geheimsphäre – und um diese handelt es sich ja bei der juristischen Person allein – kann die Differenzierung nicht so weit getrieben werden. Immerhin kann man sich auch eine Überschreitung der erlaubten Maßes durchaus vorstellen, und zwar ist die Grenze immer dort überschritten, wo der Verzicht als ein endgültiger betrachtet werden muß. Im Falle der IG-S.P.O.K. hat aber die Beschränkung der Geheimsphäre über-

[123] Analog übergingen auch Theorie und Rechtsprechung in Deutschland beim Steuerrecht in gewissen Fällen den Bestand der juristischen Persönlichkeit. Zur Kritik dieser sog. Organtheorie vgl. etwa VON STEIGER S. 270 aff.

haupt nur einen Sinn für die Dauer des Vertrages. Und wenn man schon die schwerwiegendere Beschneidung in bezug auf die eigene Geschäftsführung hinnehmen kann, so wird man auch die Beschränkung der Geheimsphäre, ohne die eine gemeinsame Geschäftsführung durch die Interessengemeinschaft als undurchführbar erscheinen müßte, als nicht zu weitgehend betrachten können.

Auch die Ordnung der *Gewinnverteilung* kann nicht als Verletzung des Persönlichkeitsrechtes betrachtet werden, da die Vorteile des Risikoausgleiches gerade auch für Branchen, bei denen erhebliche Schwankungen in der Konjunktur Tatsache sind, doch sehr hoch eingeschätzt werden müssen. Zwar mag es für eine Gesellschaft unerfreulich sein, wenn sie nach einem guten Geschäftsjahr nicht selbständig bestimmen kann, welche Rückstellungen und Abschreibungen sie vornehmen und welche Dividenden sie ausschütten will. Dafür besteht aber andererseits die Möglichkeit, daß bei einem ungünstigen Geschäftsergebnis für diese Gesellschaft doch Rückstellungen und Abschreibungen vorgenommen und Dividendenzahlungen geleistet werden, trotzdem ihr dies aus eigenen Mitteln nicht möglich wäre; denn diese Regelung ist durchaus im Interesse der Gemeinschaft getroffen worden, dient aber eben auch dem Einzelnen.

Schließlich bleibt noch das Problem der *Vertragsdauer* von sechs Jahrzehnten kurz zu erörtern. Es ist ja bereits gesagt worden, daß diese außerordentlich große Zeitspanne sämtliche Beschränkungen, die der Vertrag in sich schließt, noch schwerwiegender gestaltet. Aber es ist doch vor allem darauf hinzuweisen, daß den Mitgliedgesellschaften, sollten sich die Voraussetzungen oder die Ziele, die zum Vertragsschluß führten, in grundlegender Weise ändern, jederzeit die Möglichkeit offen steht, den Vertrag aus wichtigen Gründen zu kündigen, wie dies ja für sämtliche Dauerverträge der Fall ist und auch ausdrücklich in Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 und Abs. 2 OR als Auflösungsgrund einer einfachen Gesellschaft – und eine solche stellt die Interessengemeinschaft ja dar – vorgesehen ist.

B. Die Siemens/Rheinelbe/Schuckert-Union (S.R.S.U.)[124]

Die S.R.S.U. ist eine Verbindung von Unternehmungen der Montanindustrie mit einer Gruppe von Elektrizitätsunternehmungen. Und zwar entstand dieser Konzern zunächst aus einem Zusammen-

[124] Der Wortlaut des Vertrages ist hinten S. 153 ff wiedergegeben.

schluß der Gelsenkirchener Bergwerks-AG mit der Deutsch-Luxemburgischen Bergwerks- und Hütten-AG, die einen Interessengemeinschaftsvertrag abschlossen unter gleichzeitiger Gründung einer Geschäftsführungsgesellschaft, der Rheinelbe-Union-GmbH. Beide Montanunternehmen waren durch die durch den Versaillervertrag bedingten Abtretungen von Elsaß-Lothringen und der Saar und durch das Ausscheiden Luxemburgs aus der deutschen Wirtschaft schwer mitgenommen. So verlor Gelsenkirchen einen wesentlichen Teil seiner Eisenbasis, war hingegen in bezug auf seine Zechen noch in einer günstigen Position, während Deutsch-Luxemburg schwere Einbußen in seiner Kohlengrundlage erlitt, hingegen bezüglich des Eisens noch vorteilhaft dastand. Die Elektrogruppe bestand zunächst einmal aus dem Siemenskonzern, der einen Zusammenschluß der Siemens & Halske AG und der Siemens-Schuckertwerke GmbH darstellte, wobei die erstere vor allem das Schwachstromgebiet bearbeitete, während die andere sich auf das Gebiet des Starkstroms spezialisierte und sodann aus der Elektrizität AG, vormals Schuckert & Co., die zunächst ebenfalls ein Unternehmen der Elektroindustrie betrieb, aber bei der Gründung des Siemenskonzerns vor allem auch wegen ihrer Verbindung mit dem Schaafhausen'schen Bankverein zur reinen Finanzierungsgesellschaft umgewandelt wurde. Da der Siemenskonzern seine Erzeugnisse größtenteils auf dem Weltmarkte absetzte und von dorther auch die notwendigen Rohstoffe bezogen hatte, kam er durch die schlechten Valutaverhältnisse, die durch die wirtschaftliche Lage der Nachkriegszeit bedingt waren, in Schwierigkeiten. Daher wurde eine neue Rohstoffbasis gesucht und in der Rheinelbe-Union auch gefunden. So kam es schließlich zu einer Interessengemeinschaft, der Siemens/Rheinelbe/Schuckert-Union.[125]

Der *rechtliche Aufbau* dieser Interessengemeinschaft ist dem der IG-S.P.O.K. sehr ähnlich. Auch hier ist neben der einfachen Gesellschaft, die sich aus dem Interessengemeinschaftsvertrag ergibt, eine Geschäftsführungsgesellschaft geschaffen worden, die Siemens/Rheinelbe/Schuckert-Union-GmbH. Dieser GmbH übergeordnet ist ein Gemeinschaftsrat. Die gesamte Geschäftsführung ist vereinheitlicht und der GmbH, beziehungsweise dem Gemeinschaftsrate übertragen. Somit kann also die S.R.S.U.-GmbH jederzeit von den Gesellschaften gemäß § 3 Ziff. 1 Auskunft über die geschäftlichen Verhältnisse, lau-

[125] Vgl. dazu KLEINSCHMIDT S. 12 ff.

fende Geschäfte und geschäftliche Absichten, ebenso über den Geschäftsgang Berichte verlangen. Sie kann Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere der einzelnen Gesellschaften nehmen (§ 3 Ziff. 2), Betriebe besichtigen oder Besichtigungen vornehmen lassen (Ziff. 3), sie kann einen Fabrikationsplan (Ziff. 4) und die Grundsätze über den Austausch von Fabrikationsmethoden und Erfahrungen (Ziff. 5) aufstellen. Sodann hat sie die Regelung aller finanziellen Maßnahmen festzusetzen, wie etwa einen Finanzplan aufzustellen (Ziff. 6), Abrechnungen vorzunehmen und die Bilanzen der Gesellschaften zu prüfen (Ziff. 7). Die betriebliche Bindung der Unternehmungen wurde verstärkt durch eine gegenseitige finanzielle Beteiligung der Gesellschaften, die durch Ausgabe von Vorzugsaktien gemäß der Regelung in § 6 herbeigeführt wurde. Darüber hinaus sieht der Vertrag in § 7 einen Austausch von Aufsichtsrats- und Vorstandsmitgliedern vor. Die oberste Entscheidung in allen Fragen der Interessengemeinschaft ist dem Gemeinschaftsrate zugewiesen, der sich aus den Geschäftsführern der S.R.S.U.-GmbH und einigen Mitgliedern der Aufsichtsräte und Vorstände der Mitgliedgesellschaften zusammensetzt. Insbesondere überträgt ihm § 3 Ziff. 4 die Befugnis, darüber zu entscheiden, ob im Interesse der Wirtschaftlichkeit des Konzerns einzelne Betriebe erweitert oder stillgelegt werden sollen. Die Gewinnverteilung erfolgt in einem vom Vertrag bestimmten Verhältnis, und zwar so, daß Gelsenkirchen, Deutschluxemburg und Siemens & Halske je 100 Teile, die Schuckertwerke 45 Teile erhalten. Ein eigentlicher Substanzausgleich für den Zeitpunkt der Auflösung der Interessengemeinschaft ist nicht vorgesehen, dafür ist aber in § 8 des Vertrages eine Regelung getroffen worden, die diesen weitgehend zu ersetzen vermag. Vom Tage der Auflösung an gewähren die Gesellschaften durch die Ausgabe von Genußscheinen einander einen Anteil am Jahresgewinn in der Höhe desjenigen Betrages, den die Aktionäre als Gewinnanteil erhalten. Die Dauer des Vertrages ist auf 80 Jahre festgesetzt und wird um jeweils 10 Jahre verlängert, falls auf diesen Termin keine Kündigung vorliegen sollte.

Es fragt sich nun, ob dieser Vertrag das *Persönlichkeitsrecht der einzelnen Mitgliedgesellschaften* zu verletzen vermag. Auch hier sind zweifellos wie im Vertrage der IG-S.P.O.K. schwerwiegende Eingriffe in persönliche Güter festzustellen. Die hier betroffenen persönlichen Güter sind die Geheimsphäre und die selbständige Führung des Unternehmens. Aufgabe des Persönlichkeitsrechts ist es, diese persönlichen

Güter zu schützen. Da grundsätzlich ein Verzicht auf das Persönlichkeitsrecht einen Verstoß gegen die Sittlichkeit bedeutet und infolgedessen gemäß Art. 19 Abs. 1 OR nichtig ist, ist vor allem zu prüfen, ob hier tatsächlich ein derartiger Verzicht vorliegt. Die Regelung über die Führung des Unternehmens durch die GmbH und den Gemeinschaftsrat läßt den einzelnen Verwaltungen nur minimale Kompetenzen und von einer Geheimsphäre der verschiedenen Gesellschaften kann nicht mehr gesprochen werden. Auch die Bestimmungen über Gewinnverteilung und die Vorschriften über den Gewinnausgleich nach Beendigung der Interessengemeinschaft lassen die Unselbständigkeit deutlich hervortreten. Dies gilt in besonderem Maße für die Schuckert-Gesellschaft, die dem Verhältnis der Aktienkapitalien gemäß mit 53 8/345 Teilen am Gemeinschaftsgewinn beteiligt sein müßte. Auch bei diesem Beispiel verschärft wiederum die vorgesehene lange Dauer des Vertrages die Bindungen ganz besonders stark.

Trotzdem muß man zum Schlusse kommen, der Vertrag verletze das Persönlichkeitsrecht der Mitgliedgesellschaften der Interessengemeinschaft nicht; denn alle diese Bindungen, so schwer sie auch auf den Gesellschaften lasten mögen, lassen ihnen doch eine minimale Bewegungsfreiheit und bringen ihnen vor allem auch Vorteile in einem Ausmaß, das diese Beschränkungen als ausgeglichen erscheinen läßt. Denn der Vorteil der gesicherten Rohstoffbasis und des Absatzgebietes, die sich vor allem für die Montangruppe innerhalb des Konzerns, aber auch die gesicherte Rohstoffbasis für die Elektrogruppe – sie erübrigt der Gesellschaft vor allem, riesige Vorratslager zu halten und ermöglicht ihr dadurch, wertvolles Kapital freizubekommen – ist für die Gesellschaften und ihre Weiterentwicklung von so enormer Bedeutung, daß diese Verzichte und Beschränkungen in den Hintergrund treten und infolgedessen von einer Verletzung des Persönlichkeitsrechtes nicht die Rede sein kann. Was die Schuckertgesellschaft betrifft, so ergibt sich die Zurücksetzung in bezug auf den Gewinnanteil daraus, daß sie die einzige nicht produzierende Gesellschaft innerhalb der Interessengemeinschaft ist und daher auch nicht in der Lage sein kann, Exportgewinne zu erzielen, die ja bekanntlich einen besonders hohen Anteil am Gesamtgewinn ausmachen.[126]

Zwei Bestimmungen des Vertrages sind noch kurz zu betrachten. So einmal die bereits genannte Ziff. 4 des § 3, wonach der Gemein-

[126] Vgl. dazu KLEINSCHMIDT S. 35.

schaftsrat darüber zu entscheiden hat, ob ein Betrieb stillzulegen sei, falls es die Wirtschaftlichkeit innerhalb der Interessengemeinschaft erfordere. Für die *Stillegung* eines Unternehmens gilt aber, daß nur die Generalversammlung über dieses Problem zu entscheiden hat und dies deshalb, weil der Verzicht, ein Unternehmen überhaupt nicht führen zu wollen, mit der Änderung des statutarischen Gesellschaftszwecks notwendig verbunden sein muß. Die betreffende Bestimmung ist also als nichtig zu betrachten, wenn dort bestimmt wird, daß es in der Kompetenz des Gemeinschaftsrates liege, über derartige Maßnahmen zu bestimmen. Denn es handelt sich dabei ja um eine Angelegenheit, die für den Bestand der Gesellschaft von Bedeutung ist und daher auch im Gesetz in zwingender Weise seine Regelung gefunden hat. Trotzdem nun diese Bestimmung als nichtig betrachtet werden muß, vermag sie nicht, die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nach sich zu ziehen, da sie im ganzen Gefüge des Vertrages nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Die andere Bestimmung betrifft den *Austausch von Mitgliedern der Verwaltung* (§ 7). Daß gemäß dem schweizerischen Aktienrechte, und zwar handelt es sich um Art. 708 Abs. 4/5 OR, einzelnen Gruppen von Aktionären Vorschlagsrechte für die Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern zugestanden werden können, aber nur dann, wenn sie in den Statuten eine Grundlage haben, ist bereits weiter vorn[127] gesagt worden. Es wurde dabei aber darauf hingewiesen, daß die Generalversammlung an diese Vorschläge nicht gebunden sein kann, sondern daß sie über deren Wahl frei entscheiden kann, wobei dann allerdings die Möglichkeit besteht, eine Ablehnung solcher Vorschläge, sofern sie willkürlich erfolgte, mit Hilfe von Art. 2 ZGB als Rechtsmißbrauch anzufechten.

C. Die Interessengemeinschaft AEG-UEG[128]

Dieser Interessengemeinschaftsvertrag faßt zwei Unternehmungen der Elektrizitätsindustrie zusammen. Vertragspartner sind die Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft und die Union Elektrizitätsgesellschaft. Die wesentlichen Grundzüge einer Interessengemeinschaft, der konzernmäßige Zusammenschluß von Unternehmen auf vertraglicher Basis und die Gewinnverteilung sind auch hier gegeben. Der

[127] Vorn S. 78 f.

[128] Vgl. im Anhang, hinten S. 156 ff, den Text des Vertrages.

Vertrag schafft eine einfache Gesellschaft und hat zum Zweck, durch eine vollkommenere Arbeitsteilung Ersparnisse in Organisation, Verkauf, Fabrikation und Projektierung eine möglichst weitgehende Vereinigung ihrer technischen und kommerziellen Kräfte und Leistungen zu erzielen, ohne jedoch zur Fusion greifen zu müssen (Prämisse Abs. 1 des Vertrages). Dieses Ziel soll zu erreichen gesucht werden durch die Herbeiführung der Identität von Geschäftsführung und Verwaltung (Prämisse Abs. 2 Ziff. 1), durch Arbeitsteilung – um die Eigenart der beiden Unternehmungen aufrecht erhalten zu können –, durch Austausch aller kommerziellen und technischen Erfahrungen (Ziff. 2), durch möglichste Aufrechterhaltung des gegenwärtigen Beschäftigungsverhältnisses bei beiden Gesellschaften (Ziff. 3) und durch tunlichste Verschmelzung der auswärtigen Organisation (Ziff. 4). Die Einheitlichkeit der Leitung der beiden Unternehmungen zeigt sich sehr deutlich in den Vorschriften über die Organisation der Geschäftsführung. Dazu sind zwei Konzernorgane vorgesehen, die Gesamtdirektion und der Delegationsrat. Es besteht also hier insofern eine andere Regelung als in den beiden andern vorher behandelten Verträgen, als eine Geschäftsführungsgesellschaft nicht vorgesehen ist.

Die *Aufgaben der Gesamtdirektion* sind im wesentlichen dieselben wie bei einer Geschäftsführungsgesellschaft. Diese Gesamtdirektion ist ein Kollegium, das sich aus den Mitgliedern der Vorstände der beiden Gesellschaften zusammensetzt. In der Regel soll sie sich aus nicht mehr als zehn Mitgliedern zusammensetzen, wobei der Aufsichtsrat der AEG bis sieben, derjenige der UEG bis drei Mitglieder ernennt. Diese beiden Vorstände leiten also zusammen sämtliche Geschäfte gemeinsam (§ 1 Abs. 1). Das andere Konzernorgan ist der Delegationsrat, der sich aus den Mitgliedern der Aufsichtsräte der beiden Gesellschaften zusammensetzt (§ 2). In einigen wichtigen, die Leitung der Unternehmungen betreffenden Fragen sind die Aufsichtsratskollegien der Mitgliedgesellschaften an die Beschlüsse dieses Delegationsrates gebunden, wie etwa in bezug auf Erweiterung und Abtretung von Fabrikationseinrichtungen, wenn es sich um mehr als ein Prozent des Aktienkapitals handelt (§ 3 Abs. 1 Ziff. 1), dauernde Investitionen, die zwei Prozent des Aktienkapitals übersteigen (Ziff. 2), Abänderungen dieses Vertrages (Ziff. 3) und die Ausgabe von Obligationen (Ziff. 4). Ferner sollen die Aufsichtsräte über verschiedene Gegenstände nur im Einvernehmen mit dem Delegationsrat Beschlüsse fassen: Änderung der Statuten der Gesellschaften, Fusion mit andern

Gesellschaften, Kapitalerhöhung und -herabsetzung, Auflösung einer Gesellschaft (Ziff. 5) und die Abberufung von Mitgliedern des Vorstandes (Ziff. 6).

Die *Abhängigkeit* jeder der beiden Mitgliedgesellschaften zeigt sich darin sehr deutlich, daß die Leitung und der Ausbau der Unternehmungen vorwiegend in den Händen der Gesamtdirektion und des Delegationsrates, also von Kollegien liegen, deren Mitglieder nicht ausschließlich der Gesellschaft, der das Unternehmen eignet, angehören. Durch diese Regelung wird die Abhängigkeit der Gesellschaften herbeigeführt, da diese Organe der Interessengemeinschaft den Aufsichtsräten der beiden Gesellschaften übergeordnet und in bezug auf die Unternehmungen mit Entscheidungsgewalt, die eigentlich jede Gesellschaft selbst vorbehalten bleiben müßte, ausgestattet sind. Zur Verstärkung dieser Abhängigkeit sieht der Vertrag ferner vor, daß jede Gesellschaft verpflichtet sein soll, die Vorstandsmitglieder der andern Gesellschaft auch zu Vorstandsmitgliedern der eigenen Gesellschaft zu ernennen (§ 1 Abs. 2). Sodann hat jede Gesellschaft zu den Sitzungen ihres Aufsichtsrates auch die Mitglieder des Aufsichtsrates der andern Gesellschaft, denen dabei beratende Stimme zukommen soll, teilnehmen zu lassen (§ 3 Abs. 3). Für die Gewinnbeteiligung bestimmt § 4, daß die AEG vom Gewinn- oder Verlustsaldo, der sich aus ihrer Vorbilanz jeweils ergibt, 4/19 der UEG gutzubringen oder zu belasten, während die UEG auf Grund des Gewinn- und Verlustsaldos der Vorbilanz 15/19 der AEG gutschreibt, bzw. belastet. Der Vertrag ist für die Dauer von 35 Jahren geschlossen und verlängert sich jedesmal um weitere 5 Jahre, wenn nicht ein Jahr vor Ablauf des Vertrages eine Kündigung erfolgt (§ 5).

Zwar sind auch hier Eingriffe in die persönlichen Güter jeder der beiden Mitgliedgesellschaften gegeben, sowohl durch die konzernmäßige Abhängigkeit, die darin zu erblicken ist, daß jede der Gesellschaften keine Möglichkeit hat, wesentlich auf die Leitung der Geschäfte bei ihrem eigenen Unternehmen Einfluß zu nehmen; als auch durch die weitgehende Aufhebung der Geheimsphäre, die sich ja aus der Abhängigkeit notwendig ergeben muß. Indessen ist darauf hinzuweisen, daß jeder Gesellschaft die Möglichkeit gegeben ist, in das Unternehmen der andern Einblick und Einfluß auf dessen Leitung zu nehmen. Der gleichzeitige Austausch von Erfahrungen, der sich dabei regelmäßig ergibt, darf ebenfalls nicht unterschätzt werden. Desgleichen auch die Einsparungen, die sich durch die weitgehende

Arbeitsteilung erzielen lassen, und durch gemeinsame Projektierung und die Verschmelzung der auswärtigen Organisation und des Verkaufs. Sodann bewirkt die Vergemeinschaftung der Gewinne einen Risikoausgleich, der den beiden Gesellschaften erlaubt, den Dividenzahlungen beider Gesellschaften eine gewisse Stabilität zu sichern. Zwar bedeuten diese Beschränkungen Eingriffe und Verletzungen persönlicher Güter der Mitgliedgesellschaften, eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts und damit der Sittlichkeit kann darin aber nicht gesehen werden.

§ 21. Der Persönlichkeitsschutz bei Verträgen über die Bewirtschaftung von Unternehmungen

Der Petroleum-Fall[129]

Als Petroleumfall hat ein Konflikt zwischen der Deutsch-Amerikanischen Petroleumgesellschaft (Deutsch-Amerika), einem Glied des Standard Oil-Konzerns, und der Deutschen Petroleumverkaufsgesellschaft m.b.H. (Petroleum GmbH) durch einen Entscheid des Reichsgerichts aus dem Jahre 1913 in der Konzernliteratur Eingang gefunden und viel Staub aufgewirbelt. Das Urteil, auf Grund dessen der Vertrag zwischen Deutsch-Amerika und der Petroleum GmbH gemäß § 138 Abs. 1 BGB als nichtig erklärt wurde, hat zunächst den Beifall der rechtswissenschaftlichen Literatur gefunden, wurde später aber nach genauerer Untersuchung der Begründung des Entscheides vielfach scharf kritisiert, so daß schließlich nur noch wenige Befürworter übrig blieben. Zunächst richtete sich die Kritik im Grund genommen vor allem gegen die Begründung und weniger gegen das Resultat. Erst später wollte man auch das Resultat nicht mehr als richtig gelten lassen, offenbar darum, weil man keine bessere Begründung als das Reichsgericht fand. Vor allem FROWEIN hat seine ganze Arbeit auf dieser Entscheidung des Reichsgerichts aufgebaut und sie in Begründung und Resultat als verfehlt abgelehnt, da er eben von der Ansicht ausging, daß bei der juristischen Person eine Anwendung des Grundsatzes der guten Sitten in bezug auf die Beurteilung des Inhalts eines Vertrages nicht in Frage komme.[130] Dagegen könne die Sittlichkeit eventuell in Betracht kommen bei der Beurteilung des

[129] Der Text des Vertrages findet sich im Anhang, hinten S. 158ff.

[130] Ebenso H. MARQUARDT, Wirtschaftliche Knebelung von Erwerbsgesellschaf-

Zustandekommens eines Vertrages. Es ist weiter nicht auf dieses Problem des deutschen Rechtes einzugehen. Für das schweizerische Recht ergibt sich eine klare Lösung insofern, als das positive Recht in bezug auf die Anwendbarkeit der guten Sitten die juristischen Personen der natürlichen Person grundsäzlich gleichstellt, wenn es auch bei der Festlegung des Umfanges differenziert.

Der Vertrag zwischen Deutsch-Amerika und der Petroleum GmbH nennt sich selbst Poolvertrag (Prämisse des Vertrages) und hat den Zweck, den gesamten Petroleumverkauf im rechtsrheinischen Deutschland auf Deutsch-Amerika zu übertragen (Art. 5 Abs. 1). Um dieses Ziel zu erreichen ist die unbeschränkte Führung des Petroleumverkaufs auf Deutsch-Amerika zu übertragen, der das Recht zusteht, die Zahl der Geschäftsführer und Abteilungsleiter der Petroleum GmbH zu bestimmen und diese, sowie alle übrigen Angestellten zu ernennen und zu entlassen und ihre Anstellungsbedingungen und Vollmachten festzusetzen (Art. 5 Abs. 2). Deutsch-Amerika hat dabei die bestehenden Verpflichtungen der Petroleum GmbH zu berücksichtigen, die Haftung für mangelnde Berücksichtigung ist aber auf 50000 RM begrenzt. Diesbezügliche Leistungen von Deutsch-Amerika sollen aber in der Poolabrechnung berücksichtigt werden. Alle über diesen Betrag hinausgehenden Leistungen sind von der Petroleum GmbH selber zu tragen (Art. 5 Abs. 2). Deutsch-Amerika ist auch berechtigt, zur Leitung des Petroleumverkaufs Delegierte zu ernennen, wobei sie für deren Verfehlungen zu haften verspricht, aber nur in denjenigen Fällen, bei denen es sich nicht um Verluste handelt, die aus dem regelmäßigen Betrieb des Petroleumverkaufs entstanden sind (Art. 5 Abs. 3). Deutsch-Amerika steht mit Ausnahme des Grundeigentums über sämtliche Betriebsanlagen, Transportmittel usw. der Petroleum GmbH das volle Verfügungsrecht zu; nur hat sie sich bei der Veräußerung dieser Gegenstände an bestimmte Höchstabschreibungssätze zu halten (Art. 5 Abs. 4). Der Aufsichtsrat der Petroleum GmbH soll in seinen Funktionen vom Vertrage unberührt bleiben, hat jedoch, wie auch die Mitgliederversammlung, auf Verlangen von Deutsch-Amerika, die von dieser verlangten Beschlüsse zu fassen, soweit sich eine derartige Unterstützung aus dem Vertrag ergeben kann (Art. 5 Abs. 6). Bei Zuwiderhandlungen der Organe gegen diese Bestimmung hat die Petroleum GmbH für jeden Fall eine Vertragsstrafe von

ten, DJZ Bd. 27 (1922) S. 720ff. A. M. ist Böhme, insbesondere S. 48; vgl. auch vorn S. 51ff, 56ff.

10000 RM zu bezahlen. Gemäß Art. 5 Abs. 7 des Vertrages darf die Petroleum GmbH ihre Statuten nur ändern, sofern diese Änderung nicht in einer die Ausführung des Vertrages hindernden Richtung geht. Die Angestellten der Petroleum GmbH, die sie für Einkauf des Petroleums, Verwaltung ihrer Geldangelegenheiten, Aufstellung der Bilanzen notwendig braucht, kann sie selber bestimmen, muß sie aber auch selber bezahlen. Diese Angestellten haben ihre Arbeit in Räumen zu erledigen, die von den Arbeitsräumen der übrigen Angestellten getrennt sind, und es ist ihnen verboten, sich in das Verkaufsgeschäft einzumischen (Art. 5 Abs. 8). Für die Überlassung des Unternehmens wird die Petroleum GmbH mit einem Anteil von 20 % am Geschäftsergebnis entschädigt. Die Poolabrechnung besorgt Deutsch-Amerika (Art. 12). Die Petroleum GmbH kann aber auf eigene Kosten durch eine Treuhandgesellschaft die Abrechnung von Deutsch-Amerika auf ihre Richtigkeit hin prüfen lassen (Art. 21). Art. 4 des Vertrages bestimmt, daß die Selbständigkeit der beiden Kontrahenten durch den Vertrag nicht berührt werden soll.

Bei diesem Vertrag handelt es sich um einen *Betriebsüberlassungsvertrag* und nicht etwa um einen Poolvertrag, wie er sich nennt. Die Petroleum GmbH überläßt Deutsch-Amerika ihr Unternehmen zur Bewirtschaftung. Zwar behält sie den Einkauf des Petroleums, was aber für das Unternehmen von untergeordneter Bedeutung ist, da dieser für die Petroleum GmbH ohnehin durch die Europäische Petroleum-Union besorgt wird[131]. Die Zusammenfassung der Unternehmungen läßt sich vor allem daran erkennen, daß Deutsch-Amerika gemäß Art. 9 durch die Anlagen der Petroleum GmbH auch eigenes Petrol laufen lassen kann, sofern sie dies wünscht. Einheitliche Leitung und einheitlicher Plan sind gegeben, indem Deutsch-Amerika das Unternehmen der Petroleum GmbH wie ihr eigenes nach Gutdünken führen kann und dieses Unternehmen auch vollständig im Interesse von Deutsch-Amerika geführt wird. Dabei ist es Deutsch-Amerika entsprechend der Regelung in Art. 9 freigestellt, ob sie die Verkaufstätigkeit im eigenen oder im Namen der Petroleum GmbH ausübt.

Damit ist aber auch die *Abhängigkeit* der Petroleum GmbH von Deutsch-Amerika gegeben, die ja darin besteht, daß die Petroleum GmbH auf die Befugnis, über ihr Unternehmen zu verfügen, verzich-

[131] Vgl. dazu ERG Bd. 82 (1913) S. 315.

tet. Mit dieser Regelung ist jedoch Art. 4 des Vertrages, wonach die Selbständigkeit der beiden Kontrahenten gewahrt bleiben soll, gegenstandslos geworden. Das Problem, um das es hier geht, ist aber, ob in diesem Betriebsüberlassungsvertrag die Grenze des zulässigen Umfanges der Abhängigkeit überschritten sei, ob also das Persönlichkeitsrecht der Petroleum GmbH verletzt sei oder nicht.

Die Überlassung eines Unternehmens an einen Dritten zur Bewirtschaftung bedingt an und für sich eine Umgestaltung der verpflichteten juristischen Person, da sie durch eine derartige Gestaltung zur Rentnergesellschaft wird. Sie kann aber auf einer wirtschaftlichen Notwendigkeit beruhen. Da sie indessen begrifflich erhebliche Eingriffe in die persönlichen Güter zur Folge hat, ist zu prüfen, ob sie nicht etwa auch das *Persönlichkeitsrecht* verletzt. Daß der vorliegende Vertrag Persönlichkeitsgüter der Petroleum GmbH in besonderem Maße verletzt, ergibt sich schon bei einer oberflächlichen Betrachtung. Die Befugnisse, die Deutsch-Amerika durch den Vertrag in bezug auf das Unternehmen zugestanden werden, sind dermaßen umfassend, daß ein Unterschied zwischen der pachtähnlichen Überlassung und dem Eigentum in bezug auf das Unternehmen der Petroleum GmbH nur noch im vorgesehenen Entgelt und dem Kontrollrecht über die Abrechnung erblickt werden kann. Denn wenn etwa Deutsch-Amerika gemäß der Regelung des Art. 5 Abs. 4 nach Belieben die Betriebseinrichtungen verkaufen kann und bei der Vergütung an die Petroleum GmbH vom Einstandspreis Abschreibungen von 6 % bzw. 10 % vornehmen kann, so ist der dafür erhältliche Betrag nach ein paar Jahren so gering, daß die Petroleum GmbH dadurch eine ganz beträchtliche wirtschaftliche Einbuße erleiden kann. Dabei fällt noch erschwerend ins Gewicht, daß annähernd das gesamte Kapital der Petroleum GmbH entsprechend dem Gegenstand des Unternehmens sich auf den Petroleumverkauf bezieht und in Eisenbahnbassinwagen, Tankanlagen usw. besteht. Durch die erwähnte Bestimmung des Art. 5 Abs. 4 hat es Deutsch-Amerika in der Hand, die Petroleum GmbH wirtschaftlich auszuhöhlen und zu vernichten. Das Reichsgericht weist mit Recht auf den Umstand hin, daß es dabei nicht darauf ankommen kann, daß diese Vorschrift von Deutsch-Amerika so aufgefaßt werde, sie würde selbstverständlich in dieser Richtung nichts unternehmen, könnte es auch gar nicht, da sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ja ergebe, daß die Interessen der Petroleum GmbH ebenso wie die von Deutsch-Amerika berücksichtigt

werden müßten; denn auf Treu und Glauben könnte im Falle eines Konfliktes überhaupt nicht hingewiesen werden, da die Bestimmung des Art. 5 Abs. 4 durchaus klar sei[132]. Das Gleiche gilt auch für diejenige Bestimmung des Vertrages, wonach Deutsch-Amerika für die von ihr zur Leitung des Petroleumgeschäftes ernannten Delegierten keine Haftung übernimmt für diejenigen Fälle, wo ein Schaden sich aus dem Verkauf von Petroleum oder dem regelmäßigen Betriebe des Petroleumgeschäfts entsteht. Denn da sich ja das Unternehmen der Petroleum GmbH auf den Verkauf von Petroleum beschränkt, ist damit sozusagen jegliche Haftung von Deutsch-Amerika für die von ihr ernannten Delegierten ausgeschlossen. Es wird nun aber kaum anzunehmen sein, daß diese Delegierten das Unternehmen der Petroleum GmbH in deren Interesse führen würden, sondern eben ein Maximum herauszuholen suchen zugunsten von Deutsch-Amerika. Daher haftet also die Petroleum GmbH für Schäden, die von Personen, die ein Dritter ernennt, hervorgerufen werden können und die gerade in ihrer ganzen Tätigkeit für diesen Dritten sich einzusetzen haben. Eine Regelung, durch die eine Gesellschaft verpflichtet wird, für Schäden von Personen, die über ihr Unternehmen verfügen, die sie aber nicht selber ernennt und die ihr Unternehmen im Interesse eines Dritten leiten, einzustehen, verletzt aber das Persönlichkeitsrecht der verpflichteten Person und ist nichtig.

Dieser Überlassung des Unternehmens verbunden mit weitestgehender Verfügungsbefugnis zugunsten von Deutsch-Amerika stehen nun aber keineswegs etwa entsprechende Kontrollbefugnisse der Petroleum GmbH gegenüber. Im Gegenteil ist, was die Geschäftsführung anbelangt, aus dem Vertrag deutlich ersichtlich, daß jegliche Kontrolle ausgeschlossen werden wollte. Dies ergibt sich namentlich auch aus Art. 5 Abs. 8. Diese Bestimmung überläßt der Verkaufsgesellschaft einige kaufmännische Hilfsgeschäfte, für die sie die Angestellten selber bestimmen kann. Diese Beamten sind aber von den übrigen Angestellten abgesondert und dürfen sich nicht in die Führung oder Kontrolle des Petroleumverkaufs einmischen. Sofern sie dies doch tun, hat Deutsch-Amerika das Recht, von der Petroleum GmbH die sofortige Entlassung der betreffenden Angestellten zu verlangen. Das einzige Recht, das der Petroleum GmbH im Vertrage eingeräumt ist, findet sich in Art. 21, nämlich daß sie die Abrechnung,

[132] Vgl. dazu ERG Bd. 82 (1913) S. 315f.

die sie von Deutsch-Amerika erhält, durch eine Treuhandgesellschaft überprüfen lassen kann. Diese Überprüfungsbefugnis war aber vorgesehen nur für die Feststellung der rechnungsmäßigen Richtigkeit der Ergebnisse und nicht auch für eine detaillierte Kontrolle. In der Klageschrift von Deutsch-Amerika an das in Art. 26 vorgesehene Schiedsgericht, hat diese gerade darauf hingewiesen, daß der Wortlaut der Bestimmung des Art. 21 absichtlich so gewählt worden sei – to verify the accounts – daß eine ins einzelne gehende Überprüfung ausgeschlossen sein sollte. Daher ist also lediglich eine Kontrolle vorgesehen, um die rechnungsmäßige Richtigkeit der Abrechnung zu überprüfen.

Diese Überlegungen müssen zum Schlusse führen, daß das Persönlichkeitsrecht der Petroleum GmbH durch den vorliegenden Vertrag verletzt und dieser daher nichtig ist, und zwar darum, weil eine juristische Person nicht ihr Unternehmen einem Dritten überlassen, diesem das volle Verfügungsrecht über dieses Unternehmen zugestehen kann, ohne auch mindestens eine entsprechende Kontrollmöglichkeit diesem Dritten und dessen Angestellten gegenüber zu haben, daß das Unternehmen nicht zum Schaden der Eigentümergesellschaft geführt werde. Zudem begründet der Vertrag eine Haftung in einem Ausmaße, die das Persönlichkeitsrecht der Petroleum GmbH verletzt. Denn das Gesetz hat für die Haftung der Kapitalgesellschaften bereits strenge Vorschriften aufgestellt. Dies ist eine wesentliche Voraussetzung für die Zusprechung der Rechtspersönlichkeit. Diese Haftungsgrundsätze gehen aber von der Voraussetzung aus, daß die Haftung der juristischen Person für die Tätigkeit ihrer Organe, ihrer Angestellten Geltung haben soll. Wenn nun aber eine Gesellschaft wie im vorliegenden Fall haftet für Schäden von Personen, die nicht sie, sondern ein Dritter ernennt und die nicht in ihrem Interesse, sondern im Interesse des Dritten ihre Tätigkeit ausüben und deren Tätigkeit sich ihrer Kontrolle entzieht, so muß darin eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts erblickt werden, wenn nicht – was hier aber nicht der Fall ist – der statutarische Gesellschaftszweck ihr eine derartige Funktion zuweist.

Auch die Vorschrift des Art. 5 Abs. 6, die bestimmt, daß die Mitgliederversammlung der Petroleum GmbH gezwungen sein soll, die Beschlüsse zu fassen, die Deutsch-Amerika von ihr zu beschließen verlangt, wobei die Petroleum GmbH für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe von 10000 RM zu zahlen hat, muß als nichtig

betrachtet werden. Daran vermag auch die Einschränkung, daß diese Regelung nur Geltung besitze für diejenigen Fälle, in denen Deutsch-Amerika die Unterstützung der Generalversammlung der Petroleum GmbH benötige, soweit es sich als notwendig erweise zur Ausübung der Deutsch-Amerika im Vertrage eingeräumten Rechte, nichts zu ändern. Eine derartige Gestaltung greift an das Fundament der juristischen Person. Die Rechtsordnung spricht der GmbH Rechtspersönlichkeit zu. Dies kann aber nur seine Berechtigung haben, wenn Gewähr dafür geboten ist, daß die Grundlagen der Organisation einer juristischen Person aufrecht erhalten bleiben. Eine dieser Grundlagen besteht nun gerade darin, daß die Gesellschafterversammlung bei ihren Beschlußfassungen von Bindungen frei bleiben muß und nicht von vorneherein verpflichtet sein kann, bestimmte Beschlüsse zu fassen oder nicht zu fassen, wie es ihr gerade von einem Dritten diktiert wird. Bei der GmbH gilt dies in noch höherem Maße als bei der AG, da das persönliche Moment viel mehr in den Vordergrund tritt. Eine Regelung, die die Gesellschafterversammlung einer GmbH in ihrer Beschlußfassung an das Diktat eines Dritten binden will, verletzt daher das Persönlichkeitsrecht.

Es fragt sich weiter, ob es sich auf Grund dieser Überlegungen rechtfertige, den Vertrag als Ganzes als nichtig zu betrachten oder ob nicht eher nur teilweise Nichtigkeit anzunehmen sei für einzelne Bestimmungen. Die Frage ist daher so zu stellen, ob die als nichtig erkannten Bestimmungen für den Vertrag in seiner Ganzheit von so wesentlicher Bedeutung seien, daß der Vertrag ohne diese Teile überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Im vorliegenden Fall handelt es sich tatsächlich bei diesen nichtigen Vertragsteilen gerade um die Kernpunkte dieses Betriebsüberlassungsvertrages. Betrachtet man die restlichen Vertragsteile für sich, so muß man zum Schlusse kommen, daß der Abschluß eines solchen Vertrages kaum beabsichtigt worden sein kann, sondern daß gerade die nichtigen Vertragsbestimmungen Voraussetzung dafür waren, daß der Vertrag überhaupt geschlossen wurde. Somit ist dieser Vertrag als nichtig zu betrachten.

IV. Kapitel

Das Persönlichkeitsrecht als Schranke des Kartellzwanges gegenüber juristischen Personen

1. Abschnitt

Das Persönlichkeitsrecht als Schranke des Kartellzwanges

§ 22. Der Kartellzwang im allgemeinen

Das Kartell ist umschrieben worden als eine Zusammenfassung von Unternehmungen in bezug auf eine einzige oder einige wenige Funktionen unter Aufrechterhaltung der Selbständigkeit der Unternehmensinhaber verbunden mit einer auf die Beherrschung des Marktes gerichteten Tendenz[1]. Der Grund, der Unternehmer veranlaßt, sich zu einem Kartell zusammenzuschließen, ist ein rein egoistischer, indem jeder Unternehmer Mittel sucht, um die Rentabilität seines Unternehmens steigern oder doch im bestehenden Umfange erhalten zu können. Ist ein solcher Zusammenschluß einmal erfolgt, so bleibt sich das Ziel zwar gleich, verschiebt sich aber vom einzelnen Unternehmen auf ein Kollektiv und erstrebt eine Rationalisierung und Sicherung der wirtschaftlichen Basis der Angehörigen einer Branche. Diesem Endzwecke dient nun das Anstreben der Marktbeherrschung als Mittel. Dieses Mittel aber ist bei den Kartellen von so ausschlaggebender Bedeutung, daß es als eigentlicher Kartellzweck angesprochen werden kann. Anders ausgedrückt, liegt der primäre Zweck des Kartells in der *Ausschaltung der freien Konkurrenz* in einem ganz bestimmten Sektor der Unternehmungen einer Branche. Diese freie Konkurrenz hat ja für den Unternehmer zwei verschiedene Seiten. Einmal verlangt sie von ihm ein Maximum an Einsatz auf den verschiedensten Gebieten, um sich auf dem Markt überhaupt behaupten zu können, auf der andern Seite aber erlaubt sie ihm, seine Interessen und seinen Vorteil mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln wahrzunehmen gegenüber jedem Konkurrenten. Die zuerst genannte Wirkung der Konkurrenz verlangt vom Unternehmer große Opfer und macht es ihm daher nicht allzu schwer, an einer Vereinigung mit-

[1] Vorn S. 33ff.

zuwirken, die gerade diese Eigenschaft der freien Konkurrenz beseitigen oder doch beschränken will. Dagegen ist die Bereitschaft, auf die andere Wirkung der freien Konkurrenz zu verzichten, naturgemäß weniger groß. An sich bleibt das Streben des Einzelnen nach freier Entfaltung erhalten, nur wird es vom freien Markt in die Kartellgesellschaft hinein verschoben. Der Unternehmer versucht also, seinen Verzicht innerhalb des Kartells zu kompensieren, indem er sich in bezug auf die Kartellverpflichtung und die Rechte aus dem Kartellvertrag eine möglichst vorteilhafte Position erkämpft. Daraus ergeben sich aber notwendig in der Kartellgesellschaft Spannungen und latent besteht immer die Gefahr, daß Mitglieder sich vom Kartell zu lösen versuchen. Das Kartell ist gezwungen, diesen zentrifugalen Kräften entgegenzuwirken und greift daher zu einem Mittel, das die Kartellmitglieder veranlaßt, sich an die Verpflichtungen zu halten und sich der Gemeinschaft unterzuordnen. Dieses Mittel ist der *interne Kartellzwang*, dessen Funktion eben darin besteht, daß er den auseinanderstrebenden Kräften[2] innerhalb des Kartells entgegenwirkt. Aus dem genannten Umstande, daß die Unternehmer gerne bereit sind, an ein Kartell sich anzuschließen, solange es ihnen Vorteile verspricht, aber auch nur solange, und dem andern Grunde, daß das Kartell einen Sinn überhaupt nur dann haben kann, wenn ein großer Teil der Brancheangehörigen in ihm vereinigt ist – dies ist ja notwendig, wenn der Markt beeinflußt werden soll –, ergibt sich für die Kartellgesellschaft zwingend die Notwendigkeit, die im Kartell zusammengefaßten Unternehmen zu binden.[3] Dies kann aber nur dann erreicht werden, wenn die Möglichkeit vorhanden ist, die Mitglieder zu veranlassen, sich genau an die Verpflichtungen zu halten und die notwendige Kontrolle sich gefallen zu lassen, und deren Austritt aus der Kartellgesellschaft so weit als möglich zu erschweren oder zu verunmöglichen. Dies kann unter Umständen für einen Unternehmer eine schwere Belastung bedeuten, sowohl in bezug auf das Maß als auch die Dauer der Bindung. Das Problem der Grenzen dieser Kartellbindung ist im folgenden Abschnitt (§ 23) zu behandeln. Natur und Umfang der Bindung sind allerdings sehr unterschiedlich;

[2] Vgl. dazu etwa KESTNER/LEHNICH S. 20 ff.

[3] Zum Problem des internen Kartellzwanges und dessen Grenzen vgl. etwa: FRIEDLÄNDER, Kartellrecht; GYSIN S. 413 ff; Eugen HUBER, Ein- und Austritt von Mitgliedern einer Gemeinschaft, ZSR Bd. 40 (1921) S. 5 ff; KESTNER/LEHNICH S. 77 ff; LÜTSCHG, S. 20 ff; MERZ S. 23 ff; MISLIN; SCHLATTER S. 70 ff.

und zwar ergibt sich diese Verschiedenheit aus den verschiedenen *Arten von Kartellen*. Die Einteilung der verschiedenen Typen wird im allgemeinen in der Weise vorgenommen, daß auf die jeweilige Funktion, in der die Unternehmungen betroffen werden sollen, abgestellt wird.[4] Es geht daraus ohne weiteres hervor, daß dadurch Kartelle von sehr verschiedener Art und wirtschaftlich verschiedener Tragweite entstehen, da ja nicht sämtliche Funktionen oder Teilgebiete eines Unternehmens die gleiche Bedeutung besitzen. Daher scheidet man einmal die Kartelle niederer Ordnung von den Kartellen höherer Ordnung. Das entscheidende Kriterium für diese Unterscheidung liegt in der Kontingentierung insofern, als unter die Kartelle niederer Ordnung sämtliche Formen der Nichtkontingentierungskartelle eingereiht werden, während die Kartelle höherer Ordnung mit den Kontingentierungskartellen identisch sind. Zu den Kartellen niederer Ordnung zählt man etwa die Konditionenkartelle, Preiskartelle, Gebietskartelle sowie die aus diesen kombinierten Formen. Die Bindung der Kartellmitglieder ist hier darum nicht so ausgeprägt, weil die durch das Kartell erfaßten Funktionen des Unternehmens im allgemeinen nur mehr oder weniger eng begrenzt sind und die Mitglieder die ganze übrige Geschäftsführung vollständig frei ausüben können. Anders bei den Kontingentierungskartellen, bei denen von einer Zentralstelle aus ein Kontingent zugeteilt wird, entsprechend der Beteiligungsziffer des Unternehmens. Die Bindungen weichen hier aber in ihrer Intensität wesentlich von einander ab, indem bei den einen Kartellen die Bindung sich einzig auf die Kontingentierung erstreckt, während sich das Kartell sonst nicht weiter um Produktion und Absatz kümmert. Eine erheblich stärkere Form ist bereits etwa das Vermittlungskartell, das den Mitgliedern die Kunden zuweist, den Vertragsabschluß aber dem einzelnen Mitglied überläßt. Die stärkste Form ist dort erreicht, wo die Mitglieder mit dem Verkauf überhaupt nichts mehr zu schaffen haben, da die Zentralstelle sämtliche Abschlüsse für die Kartellmitglieder auf eigene Rechnung und im eigenen Namen vornimmt.

[4] Vgl. dazu etwa Flechtheim S. 12 ff, 135 ff; Bieri S. 8 ff; Mislin S. 15 ff.

§ 23. Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Kartellbindung

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß es wesentlich zum Kartell als Zusammenfassung von Unternehmungen gehört, den Mitgliedern der Kartellgesellschaft in bezug auf ihre Unternehmungen Bindungen aufzuerlegen, die eine Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit bedeuten. Daß Bindungen grundsätzlich möglich und erlaubt sind, ergibt sich aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Dieser Vertragsfreiheit sind jedoch verschiedene Grenzen gesetzt und deren Nichtbeachtung hat die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge. Das Gesetz nennt denjenigen Vertrag nichtig, dessen Erfüllung unmöglich ist oder dessen Form oder Inhalt gegen das Gesetz verstößt. Diese beiden Fragen, die der Unmöglichkeit und die der Gesetzwidrigkeit von Verträgen, auch von Kartellverträgen, sind hier nicht zu untersuchen.[5] Das Gesetz nennt außerdem als Schranken der Vertragsfreiheit die guten Sitten. Aus diesem Problemkreis sei auf die Darstellung der durch die öffentliche Ordnung bedingten Schranken verzichtet und nur die Frage nach der Grenze von kartellrechtlichen Bindungen, soweit sie sich aus dem Persönlichkeitsrecht ergibt, einer Betrachtung unterzogen. Dieses Problem – eines der wesentlichsten des schweizerischen Kartellrechts – ist bereits in einer Arbeit, der Dissertation von Mislin, eingehend behandelt worden. Es kann infolgedessen darauf verzichtet werden, das Problem der Kartellbindung in seiner Allgemeinheit zu behandeln. Für die folgenden Ausführungen sind nur einige wesentliche Einzelfragen herausgegriffen.

Das Bundesgericht hat sich über den internen Kartellzwang in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen. Bei allen diesen Entscheidungen geht es im wesentlichen um die Lösung von Interessenkonflikten, indem die eine Partei den Vertrag unter allen Umständen aufrecht erhalten will, während sich die andere davon zu lösen versucht. Es stellt sich daher regelmäßig die Frage, ob das Prinzip der Vertragstreue oder die Forderung nach größtmöglicher Freiheit den Vorrang haben soll. In der heutigen Wirtschaft zeigt sich deutlich die Tendenz, den Gesichtspunkt der Freiheit des Einzelnen hinter das öffentliche Interesse, das sich hier in der Form der Vertragstreue zeigt, zurücktreten zu lassen. Es ist aber zu betonen, daß der Richter diesen Wünschen nur soweit entgegenkommen darf, als die Rechtsordnung ihm dazu die Möglichkeit gibt.

[5] Vgl. dazu etwa Bieri und Mislin S. 47 ff.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die Annahme, der interne Kartellzwang sei grundsätzlich als eine erlaubte *Auswirkung der Vertragsfreiheit* zu betrachten, nicht unbestritten geblieben ist. GUISAN[6] geht davon aus, daß die Autonomie jedes Rechtssubjekts als fundamentale Forderung unseres Privatrechts mit den Bindungen, wie sie das Kartell mit sich bringt, unvereinbar sei.[7] Die notwendige Folge dieser Ansicht wäre die Nichtigkeit sämtlicher Kartelle, da ja Bindungen dem Kartell begriffswesentlich sind. Tatsächlich aber kommt das wirtschaftliche Leben ohne Bindungen nicht aus.

Das ominöse Schlagwort von der *wirtschaftlichen Notwendigkeit* der Kartelle, das in diesem Zusammenhang vielfach gebraucht wird und als Axiom oft sogar rechtlichen Erwägungen vorangestellt wird – leider auch vom Bger –, ist bis jetzt unbewiesen geblieben.[8] In wirtschaftlicher Betrachtung eine fragliche Größe, ist es in rechtlicher Hinsicht überhaupt unbeachtlich.

Entgegen GUISAN ist offenbar aber doch anzunehmen, daß die Kartelle im allgemeinen rechtsgültig sind, und dies aus der Überlegung heraus, daß Gegenstand eines Kartellvertrages meist nicht die Autonomie als solche ist, sondern eine Beschränkung in der Ausübung auf einem allerdings unterschiedlich bedeutungsvollen Sektor der wirtschaftlichen Tätigkeit.

Dieser auf rechtlichen Erwägungen beruhende Schluß bedingt jedoch notwendigerweise eine regelmäßige Prüfung des jeweils zur Beurteilung vorliegenden Kartellvertrages auf seine Rechtmäßigkeit in bezug auf den Umfang des internen Organisationszwanges.

Ob ein Kartell als solches nichtig ist, muß also als Frage des Tatbestandes betrachtet werden und ist nicht zum voraus für alle Kartelle feststellbar.

Generelle Verzichte auf persönliche Güter müssen, da sie grund-

[6] GUISAN, S. 167 ff, insb. S. 174 ff.

[7] SIMONIUS, Freiheitsrecht, S. 278, verweist vor allem darauf, daß nach der Auffassung von GUISAN die Gültigkeit sämtlicher Konkurrenzverbote in Frage gestellt wäre. Vgl. auch MERZ S. 24 ff.

[8] Die anglo-amerikanische Wirtschaft jedenfalls ist trotz der negativen Haltung gegenüber jedem restraint of trade keineswegs an der Konkurrenzfreiheit zugrunde gegangen. Unsere Verhältnisse liegen vielleicht etwas anders. Es sind aber die positiven Seiten der Kartellierung auf alle Fälle sehr undeutlich in Erscheinung getreten, während die negativen Auswirkungen sowohl bei den Zwangskartellen wie auch bei den privaten Zusammenschlüssen immer wieder sehr ausgeprägt zum Vorschein gekommen sind.

sätzlich einen Verzicht auf das Persönlichkeitsrecht bedeuten, als nichtig betrachtet werden. Denn auch einem Kartellmitglied muß die Möglichkeit belassen bleiben, sich im wirtschaftlichen Kampfe durchsetzen zu können. In diesem Sinne wäre also etwa ein Kartellvertrag nichtig, der bestimmt, daß die Mitglieder Verzicht zu leisten hätten auf das Recht der Kündigung oder auf das Recht den Vertrag anzufechten. So erklärt das Bundesgericht gelegentlich[9]: «L'art. 27 ... a pour but de protéger les gens contre la perte de ses facultés que les conceptions actuelles du droit considèrent comme inséparables de la personnalité. Chacun doit, par le moyen de ces droits personnels, avoir la même possibilité de prendre part à la vie juridique.» Immer muß dem Kartellmitglied eine gewisse Entfaltungsmöglichkeit erhalten bleiben. Die Abtretung künftiger Forderungen ist zwar durchaus möglich, aber immer ist streng darauf zu achten, daß in bezug auf den Umfang des Verzichts eine gewisse Bestimmtheit vorhanden ist. Jedenfalls sagt das Bundesgericht, es sei zu verlangen, daß die abzutretende Forderung hinsichtlich des debitor cessus, des Rechtsgrundes und der Höhe hinreichend bestimmt oder wenigstens bestimmbar sei[10]. Die Grenze der Bindung wäre demnach gerade dort etwa überschritten, wo das Mitglied eines Kartells sich verpflichtet, keinen Gewinn machen zu wollen. Die kartellmäßige Bindung darf ja keinesfalls soweit gehen, daß ein Mitglied sich von seiner eigenen wirtschaftlichen Betätigung ausschließen würde.[11] Die Grenze des zulässigen Verzichts ist immer schon dort zu finden, wo der Bindung des Kartellmitglieds keine entsprechende Gegenleistung des Kartells gegenübersteht. Im allgemeinen wird dies nicht der Fall sein, und die Nachteile, die die Kartellbindung für die Mitglieder mit sich bringt, werden durch die Vorteile, die der Zusammenschluß in sich birgt, aufgehoben.

Dieses Gleichgewicht ist aber auch dort gestört, wo es zunächst nicht ersichtlich ist, ob die Auswirkungen einer Vertragsbestimmung überhaupt einen Verzicht auf persönliche Güter zur Folge haben oder nicht, wo aber der Wortlaut derart *unbestimmt* und *unvollständig formuliert* ist, daß in dieser Unklarheit ein genereller Verzicht enthalten sein kann.

Als Beispiel dafür sei eine Bestimmung aus einem Vertrag zwischen

[9] BGE 51 (1925) II 440, S. 442.

[10] BGE 57 (1931) II 537, S. 539.

[11] Vgl. dazu etwa BGE 31 (1905) II 913; JT 1928, 10.

der Fédération Horlogère und den Uhrenexporteuren[12] angeführt. Darnach hat sich der Uhrenexporteur zu verpflichten, die bestehenden und die zukünftigen von der Fédération Horlogère gefaßten und zu fassenden Beschlüsse betreffend den Kauf und den Verkauf, sobald ihm diese zur Kenntnis gebracht worden sind, zu respektieren; diese Beschlüsse sollen einen integrierenden Bestandteil des Vertrages bilden. Auf die Beschlußfassung innerhalb der Fédération Horlogère kann der Uhrenexporteur keinen Einfluß nehmen, da er nicht Mitglied des Verbandes sein kann. Eine derartige Verpflichtung verletzt das Persönlichkeitsrecht, da die Tragweite einer solchen Bestimmung im Moment des Vertragsschlusses für den Verpflichteten in keiner Weise abschätzbar ist. Ob eine in dieser Weise formulierte Vertragsklausel tatsächlich zu Mißbräuchen führt, ist nicht erheblich. Für die Annahme der Nichtigkeit genügt die durch die Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit für den Verpflichteten geschaffene Belastung und die daraus resultierende Verletzung des Persönlichkeitsrechts.

Besonders schwerwiegende Bindungen stellen in Kartellverträgen regelmäßig auch die *Konkurrenzverbote* dar. Indessen gehört es zum Wichtigsten am Kartellvertrag, daß sich die Mitglieder jeglicher Konkurrenz enthalten, da diese den Kartellzweck in Frage stellen könnte. Der Ausschluß des freien Wettbewerbes ist ja gerade ein Merkmal des Kartells von besonderer Bedeutung, und daher sind hier zweifellos weitgehende Bindungen allgemein üblich. Dabei ist immer vorauszusetzen, daß das Kartell als der verbietende Teil auch ein Interesse am Konkurrenzverbot hat. Dies schließt auch ohne weiteres die Rechtsgültigkeit eines Konkurrenzverbotes aus, das mit der Absicht aufgestellt wurde, den gebundenen Teil zu schädigen. Auch ist immer zu prüfen, ob ein Konkurrenzverbot, das zu einem früheren Zeitpunkt zurecht bestanden hat, auch gegenwärtig noch zurecht besteht oder ob das Interesse des Verbietenden in der Zwischenzeit verloren gegangen ist. Der Verpflichtete darf in seiner wirtschaftlichen Entwicklungsmöglichkeit nicht über Gebühr gehemmt werden. Daher ist auch etwa ein generelles Konkurrenzverbot als nichtig zu betrachten, da es das

[12] Vgl. dazu die Artikel von seiten des Uhrenhandels in der NZZ Nr. 579, Sonntagsausgabe vom 16. März 1952, und Nr. 1208, Pfingstausgabe vom 1. Juni 1952, sowie die Erwiderung des Uhrenverbandes in Nr. 829, Morgenausgabe vom 17. April 1952, über das Monopolstreben in der Uhrenindustrie.

Die entsprechende Bestimmung im Vertrag zwischen dem Roskopf-Verband und den Uhrenexporteuren hat den nahezu gleichen Wortlaut.

Persönlichkeitsrecht der verpflichteten Partei verletzt. So erklärt das Bundesgericht gelegentlich[13]: «Entscheidend ist darnach, ob der Verpflichtete im Freiheitsgebrauche in einem das sittliche Gefühl verletzenden Grade beschränkt sei; die Beschränkung der wirtschaftlichen Persönlichkeit wird speziell dann zu einer unsittlichen, wenn sie die Grundlagen der wirtschaftlichen Existenz des Verpflichteten gefährdet.»

Mit dem Problem des Konkurrenzverbotes ist das Verbot der *Doppelmitgliedschaft* eng verbunden. Ein derartiges Verbot ist grundsätzlich ebenfalls durchaus gültig.[14] Ein Kartell kann also seinen Mitgliedern verbieten, die Kartellmitgliedschaft eines andern Kartells, auch wenn es einer andern Produktionsstufe angehört, zu erwerben. Denn aus der Doppelmitgliedschaft könnte dem Kartell Schaden erwachsen. Immerhin kann dem Mitglied eines Kartells die Doppelmitgliedschaft nicht verboten werden, wenn das Interesse des Kartells an einem solchen Verbot fehlt oder unwesentlich ist, wenn also das zweite Kartell mit dem ersten nicht in Konkurrenz treten will oder überhaupt nicht kann, weil seine Geschäftstätigkeit auf einer ganz andern Ebene sich abspielt.

Eine besonders einschneidende Bindung bedeuten namentlich aber diejenigen Bestimmungen in Kartellverträgen, wonach das Mitglied die gesamte Verkaufstätigkeit aufgeben und dem Kartell überlassen muß. Zwar ist auch hier in der Regel keine ungebührliche Einschränkung anzunehmen, da eine *zentrale Verkaufsstelle* für die Mitglieder von großem Nutzen sein kann. Die Regelung muß jedoch eine dieser Ablieferungspflicht korrespondierende Abnahmepflicht durch das Kartell vorsehen. Auch hier ist es von Bedeutung, daß der Umfang der Ablieferungspflicht im Vertrag genau umschrieben ist, damit keine Möglichkeit besteht, diese noch weiter auszudehnen. Dieser Verzicht auf jegliche Verkaufstätigkeit bedeutet ja darum eine so erhebliche Schwächung der wirtschaftlichen Stellung eines Kartellmitgliedes, weil es dadurch vom Markt vollständig abgeschnitten wird, keine eigenen Beziehungen zu Kunden mehr unterhalten darf und, falls es sich vom Kartell lösen will, zuerst sich wieder eine Position erkämpfen muß. Sinkt der Absatz des Kartells unter die Produk-

[13] BGE 51 (1925) II 297, S. 300f; vgl. dazu auch BGE 27 (1901) II 113, S. 120; 40 (1914) II 233, S. 240; 50 (1924) II 481ff; S. 486; 53 (1927) II 321, S. 329; 56 (1930) II 50, S. 54.

[14] Vgl. dazu BGE 69 (1943) II 41, S. 43ff.

tionsziffer, so ist die Herabsetzung der Quote oder des Kontingents unter sämtliche Mitglieder zu verteilen und darf keineswegs nur einen Einzelnen treffen.

Die Wirkung sämtlicher Kartellbindungen wird noch verstärkt durch die lange *Dauer*, die regelmäßig für Kartelle vorgesehen ist. Diese Langfristigkeit erweist sich ja darum als notwendig, weil der Kartellzweck nur dann wirksam erreicht werden kann, wenn die Beschränkung des Wettbewerbs sich auf längere Zeit sicher stellen läßt. Das Bundesgericht stellte sich früher auf den Standpunkt, ein unbegrenzter Vertrag bedeute eine Bindung, die das Persönlichkeitsrecht verletze und daher nichtig sein müsse.[15] Im Laufe der Zeit jedoch änderte es seine Meinung in dem Sinne, daß es feststellte, der Richter könne Verträge mit übermäßiger Dauer oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossen dahin einer Änderung unterziehen, daß er dem Vertrag einen bestimmten Endpunkt festsetzt. In einem Entscheid begründet das Bundesgericht dies etwa folgendermaßen[16]: «... denn eine derart weittragende Bindung des Beklagten ohne die Möglichkeit, jemals die Freiheit des Handelns wieder zurücknehmen zu können, würde eine mit dem Grundsatz von Art. 27 ZGB unvereinbare Beschränkung der persönlichen Freiheit bedeuten, die nach Art. 20 OR nichtig wäre; es ist jedoch nicht ohne Not vorauszusetzen, die Parteien hätten einen nichtigen Vertrag abzuschließen beabsichtigt.» Überall dort jedoch, wo die lange Dauer als Grundlage des Vertrages betrachtet werden muß, ist Nichtigkeit wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechtes anzunehmen. Immerhin ist aber dabei zu beachten, daß ganz allgemein für Kartellverträge eine längere Dauer vorgesehen ist, als bei andern Vertragsarten üblich zu sein pflegt. Die Enttäuschung eines Kartellmitgliedes, das dem Kartell lediglich mit spekulativen Absichten beigetreten ist und dessen Erwartungen in der Folge durch die wirtschaftliche Entwicklung nicht erfüllt worden sind, wird natürlich im allgemeinen nicht ein Grund sein, einen Vertrag als nichtig zu betrachten, weil er gegen das Persönlichkeitsrecht verstoße.

Nach der bisherigen Praxis des Bger führt aber die Kündigung eines Kartellvertrages nicht zum Ziel. Das Bger erklärt gelegentlich,[17] daß der betreffende Kartellvertrag im Hinblick auf den Umfang der Bindung gegen Art. 27 ZGB verstoße, daß jedoch angesichts der be-

[15] BGE 23 (1897) 739, S. 743; 25 (1899) II 450, S. 454f.
[16] BGE 62 (1936) II 32, S. 35; vgl. auch etwa 71 (1945) II 158, S. 165f.
[17] BGE 62 (1936) II 102f.

stehenden *Kündigungsmöglichkeit* der Vertrag als rechtsgültig zu betrachten sei. Die Kündigung eines Kartellvertrages ist aber eine stumpfe Waffe. Kündigt ein Kartellmitglied, so wird es Außenseiter und als solcher vom Kartell unter Umständen mit Boykott bedroht, was etwa gerade im vorgenannten Fall des Tabakverbandes ohne weiteres anzunehmen ist; kündigt es aber nicht, so ist es gezwungen, sich an einen tatsächlich nichtigen Vertrag zu halten.

Anschauungsmaterial, wie dies in der Praxis etwa zugehen kann, hat auch der Streit um das Zürcher Kinotheater «Capitol» geliefert[18]. Die Eigentümerin der Liegenschaft wollte nach Ablauf des Mietvertrages mit der Mieterin, der Lichtspieltheater AG, die das «Capitol» betrieb, die Führung des Kinotheaters einer anderen Aktiengesellschaft übertragen. Gestützt auf den Bundesratsbeschluß über die Maßnahmen gegen die Wohnungsnot verlängerte die Justizdirektion des Kantons Zürich auf Begehren der Lichtspieltheater AG den Mietvertrag um sechs Monate. Dieser Entscheid wurde vom Bger durch Urteil vom 14. Oktober 1953 bestätigt. Darauf beschloß die paritätische Kommission des Lichtspieltheater- und des Filmverleiher-Verbandes, daß das «Capitol» unter einem andern als dem bisherigen Betriebsinhaber nicht anerkannt werde, was ohne weiteres zur Folge hat, daß das Theater nicht mehr mit Filmen beliefert wird. Dieses Vorgehen ist bezeichnend und zeigt die Macht eines Kartells, das sich für befugt hält, sich über einen Entscheid des Bger ohne weiteres hinwegsetzen zu können. Daß es unter dem Druck der Öffentlichkeit nachträglich doch noch zu einem Kompromiß (?) gekommen ist, macht die Angelegenheit keineswegs sauberer. Es zeigt sich doch sehr deutlich, wie ein Kartell vorgehen kann, wenn ein Mitglied rechtmäßig, unter Umständen sogar vertragsgemäß von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht.

Regelmäßig wird dem Kartell im Kartellvertrag ein *Kontrollrecht* eingeräumt. Zwar beeinträchtigt dieses das persönliche Gut der eigenen Geheimsphäre. Es ist aber eine Notwendigkeit, auf die das Kartell nicht verzichten kann. Eine derartige Kontrollbefugnis ist namentlich auch darum nicht so schwerwiegend, weil sie sich nicht auf die gesamte Unternehmensführung erstreckt, sondern sich auf diejenigen Gegenstände bezieht, deren Kontrolle für die Aufrechterhaltung des Kartells erforderlich ist. Diese Kontrolle

[18] Vgl. dazu etwa den Artikel in der NZZ Nr. 25, Mittagausgabe vom 5. Januar 1954: Was wird im «Capitol» gespielt?

ist aber vielfach nur ungenügend, um die Vertragstreue eines Mitgliedes mit Sicherheit feststellen zu können. Daher muß das Kartell Mittel suchen, die ihm die notwendige Klarheit zu verschaffen vermögen. Solche Mittel sind etwa die Bespitzelung des verdächtigten Mitgliedes oder der Probekauf. Es ist nun aber offensichtlich, daß derartige Maßnahmen die Geheimsphäre des betreffenden Mitgliedes verletzen, wobei sich aber sofort die Frage stellt, ob damit auch das Persönlichkeitsrecht verletzt werde. Da die Möglichkeit der Verletzung des Persönlichkeitsrechts also grundsätzlich besteht, ist vom Kartell ein besonders sorgsames Vorgehen zu verlangen. Das bedeutet also, daß das Kartell zuerst sämtliche Möglichkeiten der Kontrolle, die sich aus dem Kartellvertrag ergeben, auszuschöpfen hat. Führen diese Kontrollen nicht zu einem sichern Schlusse, so kann das Kartell zu Bespitzelung und Probekauf schreiten unter der Voraussetzung, daß ein schwerwiegender Verdacht besteht. Aber auch dann ist dem Kartell Zurückhaltung in der Anwendung dieser Maßnahmen geboten, indem es keinesfalls etwa dem Kartellmitglied als agent provocateur gegenübertreten darf, da es andernfalls das Persönlichkeitsrecht des Mitgliedes verletzen würde. Vermag die rechtmäßige Anwendung dieser Mittel aber den Beweis zu erbringen, daß der Verdacht sich als richtig bestätigt und das Mitglied sich einen Vertragsbruch zu Schulden kommen ließ, und daß die verletzte Vertragsbestimmung rechtsgültig ist, so kann sich dieses natürlich nicht mehr auf sein Persönlichkeitsrecht berufen, da es ja selber durch sein vertragswidriges Verhalten das Kartell zu diesen Maßnahmen veranlaßt hat. Darin unterscheidet sich dieser Fall grundsätzlich von der Bespitzelung von Außenseitern, auch von solchen Außenseitern, die von einem Kartellmitglied Ware beziehen zu Preisen, die unter den vom Kartell festgesetzten liegen.[19]

Gegenüber Mitgliedern, die gegen Vertragsbestimmungen verstoßen, schützt sich das Kartell regelmäßig durch die Stipulierung von *Sanktionen*. Diese sind grundsätzlich durchaus erlaubt und finden sich ja auch vielfach in andern Verträgen. Dies soweit es sich um Bußen handelt, die ja unter die gesetzliche Regelung über die Konventionalstrafen fallen.

Häufig finden sich aber Bestimmungen, wie z. B. in den bereits

[19] Dazu etwa BGE 57 (1931) II 342f; 64 (1938) II 21f; vgl. aber auch 62 (1936) II 101.

erwähnten Verträgen zwischen der Fédération Horlogère, beziehungsweise dem Roskopf-Verband, und den Uhrenexporteuren[20], wonach sich jeder Uhrenexporteur der Bestimmung unterwirft, daß er, falls er die Vorschriften des Vertrages nicht einhalten sollte, sich den Boykott durch die Uhrenverbände gefallen lassen müsse.

Das Problem des Boykotts ist im folgenden Paragraphen (§ 24) zu behandeln. Hier sei nur festgehalten, daß der Boykott in jedem Falle das Persönlichkeitsrecht verletzt und daher rechtswidrig ist. Somit muß auch jede Vertragsbestimmung, die eine Verpflichtung zur Erduldung des Boykotts enthält als nichtig betrachtet werden.[21]

Dasselbe gilt auch dann, wenn wie etwa in den bereits erwähnten Uhrenverträgen[22] vorgesehen ist, daß die Uhrenexporteure die von den Uhrenverbänden bestimmten Kunden gegenüber getroffenen oder zu treffenden Maßnahmen, das heißt aber einfach Boykotterklärungen, zu respektieren haben.

Ganz allgemein kann gesagt werden, daß den Kartellmitgliedern Opfer zugemutet werden können, sofern eine Notwendigkeit dazu besteht. Denn ein einmal geschlossener Vertrag ist auch dann zu halten, wenn er sich für eine Partei als ungünstig erweist. Das Prinzip der Vertragstreue darf nicht willkürlich untergraben werden, da sonst die Rechtssicherheit gefährdet würde. Allerdings darf auch nicht die Verletzung des Persönlichkeitsrechts hingenommen werden mit der Begründung, die Allgemeininteressen hätten den Vorrang. Denn niemand hat die Möglichkeit – auch nicht auf Grund eines Kartellvertrages – die Vernichtung der eigenen Privatautonomie zu dulden, da er dadurch nicht etwa nur seine wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einengen, sondern sich gleichzeitig auch eines Teils seiner Handlungsfähigkeit begeben würde. Ein solcher teilweiser Verzicht auf die Handlungsfähigkeit ist aber immer dann anzunehmen, wenn ein Kartell seine Mitglieder verpflichten sollte, eine vertragsmäßige Bindung gegen sich gelten zu lassen, die bereits erkennen läßt, daß durch sie

[20] Vgl. vorn S. 132 N. 12.

[21] Das Bger ist allerdings anderer Meinung, wenn es in BGE 54 (1928) II 160, S. 174f, ausführt: «... que le boykott n'a pas un but illicite ou contraire aux mœurs lorsque c'est le seul moyen propre à amener un cocontractant à tenir des engagements qu'il viole sciemment et systématiquement, alors qu'il sait que cette violation entraînera, par application d'une clause du contrat, la mise à l'index.»

[22] Vorn S. 132 N. 12.

Freiheit und Gleichheit aller Rechtsgenossen in rechtlicher Hinsicht verletzt sind.

§ 24. Grundsätzliches zum Boykott

Auf den Begriff des Boykotts sei hier nicht eingetreten. Seine Behandlung in der Literatur, auch in der schweizerischen, ist so umfangreich, daß auf eine Darstellung verzichtet werden kann.[23] Desgleichen sollen auch die einzelnen Fälle von Boykott, wie sie den Gerichten immer wieder vorgelegt werden, nicht zur Behandlung gelangen. Auch die Judikatur des Bundesgerichts wurde ja immer wieder im einzelnen kritischer Beurteilung unterworfen, so daß es sich erübrigt, darauf näher einzutreten.[24] Es sind im folgenden nur einige grundsätzliche Betrachtungen zum Problem des Boykotts anzustellen.

Die Praxis des Bundesgerichts läßt nur ahnen, wie häufig der Boykott und boykottähnliche Maßnahmen im heutigen Wirtschaftskampf angewendet werden. Die Tatsache, daß eine Wirtschaft, die wie unsere schweizerische durch kartellmäßige Vereinbarungen nach allen Seiten hin gebunden ist, grundsätzlich aber auf dem Boden der Vertragsfreiheit steht, muß natürlicherweise dazu führen, daß Konflikte entstehen und daß versucht wird, diese Konflikte, wenn es

[23] Zum Problem des Boykotts vgl. etwa: Anton Aebi, Kartellzwang nach schweizerischem Recht (Diss Bern 1946); Becker, Art. 41 N. 76ff S. 222ff; Bolla; Deschenaux; F. Fick, Zur Rechtsprechung über den Boykott, SJZ Bd. 16 (1919/20) S. 222ff; Friedländer, Kartellrecht; Guisan; Gysin S. 416ff; Alfred Hartmann, Rechtsfragen des Boykotts (Diss Basel 1948 Maschinenschrift); Heller S. 20ff; Friedrich Hofstetter-Leu, Der Boykott nach schweizerischem Recht (Diss Leipzig 1910); Oskar Holer, Zur Rechtsprechung über den Boykott, SJZ Bd. 16 (1919/20) S. 149ff; Oskar Holer, Lösungsversuche im Boykott, SJZ Bd. 16 (1919/20) S. 169ff; Oskar Holer, Boykott und Schikane, SJZ Bd. 16 (1919/20) S. 200ff; Oskar Holer, Erwiderung, SJZ Bd. 16 (1919/20) S. 245ff; Franz Alfred Huber, Die zivilrechtlichen Folgen des Boykotts (Diss Basel 1934 Maschinenschrift); Kestner/Lehnich S. 53ff; Eugen Liechti, Die Verrufserklärungen im modernen Erwerbsleben speciell Boykott und Arbeitersperre (Diss Zürich 1897); Merz S. 29ff; Miller; Paul Mutzner, Zur Frage der rechtlichen Wirksamkeit von Kartellabreden gegenüber Außenseitern, SJZ Bd. 23 (1926/27) S. 145ff; Oser/Schönenberger, Art. 41 N. 40ff S. 288; Schlatter; Simonius, Droits de la personnalité; Simonius, Persönlichkeitsrechte; Simonius, Freiheitsrechte S. 261ff; von Tuhr/Siegwart I S. 352; Antoine Vodoz, Le boycottage en droit civil suisse (Diss Lausanne 1926); Vogt.

[24] Vgl. dazu etwa Miller, Bolla, Guisan, Deschenaux, Simonius, Freiheitsrecht, und Merz.

anders nicht geht, mit Gewalt zu lösen. Im allgemeinen ist ja die Bereitschaft, sich in seiner Freiheit zu beschränken, um dafür ein gewisses Maß ökonomischer Sicherheit zu erlangen, in den letzten Jahrzehnten – durch Kriegs- und Krisenverhältnisse veranlaßt – bedeutend gewachsen. Die Kartelle sind Organisationen, die diesem Streben entgegenkommen, indem sie zum Zwecke haben, den freien Wettbewerb auszuschalten. Um dieses Ziel zu erreichen, über sie einen Zwang auf die Mitglieder aus, sich an die Verpflichtungen zu halten. Ein Kartell ist sinnvoll, aber nur wenn es einen bedeutenden Teil der Unternehmen einer Branche umfaßt; denn je größer die Außenseiterkonkurrenz, desto schwieriger wird die Position des Kartells. Daher wird das Kartell auch immer versuchen müssen, möglichst viele Angehörige der betreffenden Branche zu umfassen. Da die Einbeziehung der Außenseiter vielfach nicht auf freiwilliger Basis erreicht werden kann, greift das Kartell zu Zwangsmaßnahmen. Eine dieser Maßnahmen ist der Boykott. Dabei wird der Außenseiter alles daran setzen, sich nicht durch das Kartell zu einem Verhalten zwingen zu lassen, das er nicht will. Beide Parteien werden dadurch veranlaßt, für diesen Kampf alle Mittel und Kräfte aufzubieten und werden in den anzuwendenden Mitteln nicht wählerisch sein. Immerhin weist Eggmann[25] mit einem gewissen Recht darauf hin, daß man einerseits das Kartell weder als eine Vereinigung von Raubrittern, noch als ein Verein zur Förderung der allgemeinen Wohlfahrt zu betrachten habe und daß andererseits der Außenseiter nicht der asoziale Verneiner eines idealen Gemeinschaftsgedankens oder der Mann eines tadelnswerten Eigennutzes sei und ebensowenig als mutiger Kämpfer für Freiheit und Recht oder als altruistischer Menschheitsbeglücker angesehen werden könne.

Indessen ist sich manches Kartell seiner Macht bewußt. Nur so ist es möglich, daß in einem Zirkular etwa stehen kann[26], die Kartellleitung hätte den «unbeugsamen Willen, die Schlenderei rücksichtslos und endgültig zu beseitigen zum Wohle der Gesamtbranche» und verlangte von den Adressaten des Zirkulars «wachsame Beobachtung und schonungslose Verfolgung und Anzeige aller Fehlbaren an das Kartell»; dem Verzeiger werde ein Teil der Konventionalstrafe zugesichert; zum Schluß heißt es: «Wer nicht für uns ist, ist wider uns!».

[25] Eggmann S. 86.

[26] Vgl. Paul Mutzner, Zur Frage der rechtlichen Wirksamkeit von Kartellabreden gegenüber Außenseitern, in SJZ Bd. 23 (1926/27) S. 145 ff.

Es kann aber auch wie in einem Zirkular zum bereits weiter vorn genannten Vertrag zwischen der Fédération Horlogère und den Uhrenexporteuren[27] in etwa verbindlicherer Form heißen, daß die Fédération Horlogère nicht daran zweifle, daß die Uhrenexporteure, die ihre Geschäftsverbindungen mit den Mitgliedern des Uhrenverbandes weiterentwickeln möchten, den beiliegenden Vertrag unterzeichneten, um auch in Zukunft von diesen beliefert zu werden. Die Form der beiden Zirkulare ist verschieden, der Inhalt derselbe: entweder man macht mit oder wird boykottiert.

Unser Privatrecht setzt die *Vertragsfreiheit* voraus, ohne den Grundsatz im Gesetz zu nennen. Dem Gehalt nach bedeutet die Vertragsfreiheit nach Oftinger, es sei dem Belieben der Partei überlassen, ob sie einen Vertrag eingehen wolle, mit wem, worüber und ob und wann der Vertrag wieder beseitigt oder wenigstens abgeändert werden solle[28]. Nur auf dieser Grundlage läßt sich ein freies Privatrecht denken. In bezug auf diese Vertragsfreiheit und die sie notwendig begleitende Rechtsgleichheit hat jedes Rechtssubjekt ein Persönlichkeitsrecht, und zwar darum, weil für die Entfaltung der freien Persönlichkeit die Freiheit und Gleichheit die Voraussetzung bilden.

Im Hinblick auf den Boykott könnte dies also bedeuten, daß die Mitglieder eines Kartells auf Grund dieser Vertragsfreiheit den Entschluß fassen können, mit einem Außenseiter sämtliche Geschäftsbeziehungen abzubrechen. Andererseits kann sich aber der Boykottierte darauf berufen, daß ihm dieselbe Vertragsfreiheit die Befugnis gibt, sich vom Diktat des Kartells frei zu halten. Diese Überlegung könnte zum Schluß führen, der Boykott sei grundsätzlich erlaubt und es sei ihm nur dort entgegenzutreten, wo er zu Auswüchsen führe.

Sodann wird in Literatur und Rechtsprechung immer wieder darauf hingewiesen, daß die *Handels- und Gewerbefreiheit* des Art. 31 der Bundesverfassung sich nur auf das Verhältnis zwischen Bürger und Staat beziehe und daß diese Bestimmung daher in der Sphäre des Privatrechts keine Geltung haben könne. Daraus schließt man wiederum, daß der Boykott erlaubt sei. Dies scheint vom Bger in den letzten Jahrzehnten als Axiom betrachtet zu werden.

Verschiedene Gründe lassen mich aber an der Richtigkeit dieser Annahme zweifeln. Einmal erscheint es widersinnig, wenn die Ver-

[27] Vorn S. 132 N. 12.

[28] Oftinger S. 316.

tragsfreiheit dazu führen soll, sich selbst zunichte zu machen, indem die Kartelle für sich die volle Freiheit in Anspruch nehmen, dem Außenseiter aber jegliche Freiheit entziehen wollen.[29] Oftinger äußert sich dazu folgendermaßen[30]: «Der gleiche Staat, der die Vertragsfreiheit gewährt, läßt zu, daß sie von den Beteiligten teilweise illusorisch gemacht wird.» Sodann kann man aus der Tatsache, daß die Handels- und Gewerbefreiheit beim Problem des Boykotts nicht weiterhelfen kann, noch keineswegs den Schluß ziehen, der Boykott sei damit erlaubt, da zuerst darzutun wäre, daß das Privatrecht nicht über analoge Freiheitsrechte verfüge.

Es bleibt noch auf das Schlagwort der *wirtschaftlichen Notwendigkeit der Wettbewerbsbeschränkung* im Interesse der Allgemeinheit hinzuweisen. Es ist dies immer wieder die Rechtfertigung der Kartelle für die Anwendung des Boykotts gegenüber Außenseitern gewesen, und man kann feststellen, daß sich im Lauf der Jahre dieser Slogan die Stellung eines Axioms hat erobern können. Eine Monopolstellung der Kartelle – und dies ist letztlich deren Ziel, wenn es auch nur in seltenen Fällen ganz erreicht wird – ist keine wirtschaftliche Notwendigkeit; eine solche Supposition ist in einer liberalen Demokratie eine Ungeheuerlichkeit. Sie ist es um so mehr, wenn sie noch mit dem sogenannten Allgemeinwohl verbrämt wird. Im besten Falle ist es das Interesse einer Branche. Wenn man aber schon der Allgemeinheit einen Dienst erweisen wollte, dann würden doch offensichtlich die Bedürfnisse der Konsumenten dem Begriff des Allgemeininteresses bedeutend näher stehen. Der Konsument hat aber an Kartellen kein Interesse; für ihn bedeuten sie eine Belastung. Es wäre interessant, die Frage der wirtschaftlichen Notwendigkeit der Kartelle abgeklärt zu sehen – bis heute ist jedenfalls ein positiver Beweis ausgeblieben. Gewiß ist aber, daß sich der Richter in Boykottprozessen damit nicht zu befassen hat; das Gesetz überträgt ihm nirgends eine derartige Aufgabe, die zu lösen er ja auch gar nicht in der Lage ist. Man muß sich dabei auch immer vor Augen halten, daß, wie Mislin sagt, ein subjektiver Rechtsanspruch nicht an Bedeutung gewinne mit steigender Zahl der hinter ihm stehenden Rechtssubjekte[31].

[29] Analoge Bestrebungen bestehen ja auch im politischen und sogar im religiösen Bereich; sie scheinen sich als Folge eines totalitären Machtstrebens regelmäßig einzustellen.

[30] Oftinger S. 331.

[31] Mislin S. 90.

Daß der Boykott den Boykottierten schädigt, ist offensichtlich. Diese Schädigung ist aber nicht etwa nur eine gewissermaßen zufällige Folge oder Begleiterscheinung, sondern der primäre Zweck, ohne den ein Boykott nutzlos wäre. Die *Schädigungsabsicht* ist jedem Boykott eigentümlich. Denn der Außenseiter läßt sich ja höchstens unter Zwang dazu veranlassen, einem Kartell beizutreten oder dessen Forderungen sich zu fügen. Dieser Zwang wird erreicht durch Schädigung oder wenigstens die Androhung einer Schädigung. Daher wird das Kartell überhaupt nur dann boykottieren, wenn es damit rechnen kann, daß es dem Boykottierten in einem Maße Schaden zufügen kann, der diesen zwingt, sich dem Kartell zu unterwerfen. Dazu muß die Schädigung einen erheblichen Umfang annehmen.

Es ist daher zu fragen, ob es überhaupt einen erlaubten Boykott geben kann. Dazu muß die Rechtsnorm festgestellt werden, welche darauf die Antwort geben kann. Das Angriffsziel, auf das der Boykott gerichtet ist, ist die Vertragsfreiheit und die Rechtsgleichheit. Diese beiden Begriffe sind für das schweizerische Privatrecht die Grundlagen der Persönlichkeit. Diese wiederum ist geschützt durch Art. 28 ZGB. Hinter dieser Bestimmung steht das Persönlichkeitsrecht. Daraus ergibt sich, daß der Boykott am Maßstab des Persönlichkeitsrechts auf seine Rechtmäßigkeit hin zu untersuchen ist.

Zweck des Boykotts ist es ja, den Außenseiter zum Beitritt in das Kartell zu zwingen oder doch wenigstens zur Einhaltung vom Kartell bestimmter Bedingungen zu veranlassen. Im ersten Fall fällt für den Boykottierten die Möglichkeit zu bestimmen, ob er einen Vertrag abschließen will oder nicht und die freie Wahl der Gegenpartei dahin, da er eben zum Vertragsschluß mit dem Kartell gezwungen wird und auf die Gestaltung des Vertragsinhaltes keinen Einfluß hat, während ihm im zweiten Fall die Freiheit, den Vertrag nach seinem Willen zu gestalten hinfällig wird. Aber auch das Gut der selbständigen Führung des eigenen Unternehmens nach eigenem Gutdünken wird verletzt, da der Kartellvertrag, zu dessen Einhaltung er veranlaßt werden soll, ihn gegen seinen Willen zwingt, in einem Teilgebiet auf die Gestaltung der Unternehmensführung zu verzichten. Anders ausgedrückt wird das Prinzip der Wettbewerbsfreiheit, das aus den Begriffen der Freiheit und der Gleichheit resultiert durch jeden Boykott verletzt. Damit ist aber das Persönlichkeitsrecht verletzt. Man kann nicht sagen, daß es sich nur um eine mehr oder weniger schwerwiegende Verletzung irgendwelcher Persönlichkeitsgüter handle, sondern es

sind die wesentlichen und umfassenden persönlichen Güter, die durch den Boykott vernichtet werden. Dies führt zum Schluß, daß jeder Boykott ohne weiteres das Persönlichkeitsrecht verletzt und daß er infolgedessen als rechtswidrig zu betrachten ist.

Ungleichheit auf wirtschaftlichem Gebiet haben wir als ein Faktum hinzunehmen. Wir können sie wohl mildern, keineswegs aber beseitigen. Das Bger hat, wie aus seiner ausgedehnten Rechtsprechung über den Boykott geschlossen werden muß, das Prinzip der Rechtsgleichheit nicht genügend zu scheiden vermocht von der wirtschaftlichen Gleichheit. Unser Privatrecht verlangt keine wirtschaftliche Gleichheit, aber es kann ohne die Rechtsgleichheit nicht auskommen. Schönfeld sagt angesichts der Gerichtspraxis des Reichsgerichts gelegentlich, es sei zu bedauern, daß das Reichsgericht von der Gerechtigkeit so selten rede, während es die Forderungen des Verkehrs und was dergleichen mehr sei erheblich öfter geltend mache[32]. Es wäre erfreulich, wenn sich das Bger von der verhängnisvollen Praxis der letzten Jahrzehnte befreien und zu einer dem schweizerischen Recht adäquaten Lösung der Boykottfrage kommen könnte.

Die Praxis müßte allerdings von Grund auf neu gestaltet werden; eine halbe Lösung wäre in diesem Zusammenhang keine Lösung. So hat etwa BGE 76 (1950) II 281 nur scheinbar neue Gedankengänge gebracht. Auf diesem Wege ist jedoch nicht weiter zu kommen. Über die Notwendigkeit einer Neugestaltung ist man sich heute in der Literatur im klaren. Der Weg über eine Praxisänderung ist für unser schweizerisches Recht eine angemessenere Lösung als die Schaffung eines Kartellgesetzes,[33] das verschiedene Gefahren in sich birgt, aber kaum etwas Positiveres zu schaffen vermöchte, als wir jetzt schon in unserem Privatrecht haben.

2. Abschnitt

Der Persönlichkeitsschutz beim Kartellzwang gegenüber juristischen Personen

§ 25. Die Gleichstellung der natürlichen und der juristischen Person

Für die juristische Person fragt es sich, ob es sich rechtfertigen lasse, für diese Probleme die *gleichen Grundsätze* zur Anwendung zu

[32] Schönfeld S. 193.

[33] Merz S. 26 f ist anderer Meinung.

bringen wie bei der natürlichen Person. Gerade bei der Betrachtung des Persönlichkeitsrechtes zeigt es sich ja deutlich, wie sehr sich die juristische Person von der natürlichen unterscheidet, indem der Kreis ihrer persönlichen Güter doch erheblich kleiner ist, da eben viele persönliche Güter untrennbar mit der natürlichen Person verbunden sind. Hinzu kommt noch, daß der Gesetzgeber für die juristische Person in vielen Fällen den Entscheid über ein persönliches Gut bereits gefällt hat, insofern als er eine Spezialbestimmung aufgestellt hat, deren Zweck der Schutz der Persönlichkeit ist. Naturgemäß ergibt sich dadurch eine Einschränkung des Anwendungsbereiches einer Generalklausel, so daß schließlich der Kreis der persönlichen Güter einer juristischen Person hinter dem der natürlichen Person weit zurücksteht. Diejenigen persönlichen Güter, die auch der juristischen Person zukommen können, sind nun diejenigen, auf die sie im wirtschaftlichen Leben nicht verzichten kann, und gerade weil die Persönlichkeit der juristischen Person eine vorwiegend wirtschaftliche ist, muß sie auch hier an einem vollen Schutz teilhaben können. Auch die juristische Person ist beim Schutz vor übermäßiger Kartellbindung auf den Persönlichkeitsschutz des Art. 27 ZGB angewiesen. Dabei sind nun grundsätzlich keine andern Kriterien zur Anwendung zu bringen als bei der natürlichen Person. Immerhin sind hier *Abweichungen* vom Grundsatz denkbar, etwa dann, wenn sich eine juristische Person verpflichtet, auf jede Gewinnerzielung verzichten zu wollen. Für eine physische Person würde ein derartiger Verzicht eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts bedeuten und wäre als solche nichtig. Bei der juristischen Person würde ein solcher Verzicht dann Gültigkeit besitzen, wenn dieser Verzicht sich aus der Zweckumschreibung in den Statuten ergäbe. Auch was die Dauer der Kartellverpflichtung anbelangt, kann für juristische Personen erheblich weiter gegangen werden. Es ist aber immer zu beachten, daß diese Kartellmitglieder, weil sie juristische Personen sind, nicht schlechter gestellt werden dürfen als die übrigen Mitglieder. Wie für die natürliche Person gilt im gleichen Umfang auch für die juristische Person, daß generelle Verzichte auf wirtschaftliche Betätigung, sofern sie nicht mit dem statutarischen Zweck übereinstimmen, generelle Konkurrenzverbote, Verzicht auf das Kündigungsrecht oder das Recht, den Vertrag anzufechten, das Persönlichkeitsrecht verletzen und daher Nichtigkeit zur Folge haben.

Auch am Schutz vor jeglicher *Boykottierung* hat die juristische

Person gleichermaßen Anteil. Die vom Boykott verletzten Güter sind für die juristische Person von der gleichen Lebensnotwendigkeit wie für die natürliche Person. Auch der juristischen Person ist das Teilhaben an der Vertragsfreiheit und an der Rechtsgleichheit unerläßlich, da diese eben sämtlichen Rechtssubjekten gleichermaßen zustehen muß, wenn das Prinzip des freien Wettbewerbes aufrecht erhalten werden soll. Eine von der der natürlichen Person verschiedene Behandlung in bezug auf den Kartellzwang würde aber den Grundsatz des freien Wettbewerbes verletzen und damit würden die Grundlagen unseres Privatrechts, das alle Rechtssubjekte möglichst gleichzustellen trachtet, ausgehöhlt. Der juristischen Person ist demnach grundsätzlich der volle Persönlichkeitsschutz gegenüber allen Arten von Kartellzwang analog dem der natürlichen Person zuzugestehen.

Anhang

Text der behandelten Konzernverträge

I.

*a) Interessengemeinschaft Schultheiß-Patzenhofer/Ostwerke/Kahlbaum**

§ 1

[1] Schultheiß einerseits, Ostwerke und Kahlbaum andererseits schließen sich zu einer Interessengemeinschaft nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen zusammen. Durch diese Bestimmungen wird der zwischen Ostwerke und Kahlbaum am 20. Januar 1921 abgeschlossene Interessengemeinschaftsvertrag im Innenverhältnis zwischen Ostwerke und Kahlbaum nicht berührt.

[2] Als Organ dieser Interessengemeinschaft haben die Gesellschaften die «Interessengemeinschaft Ostwerke–Schultheiß–Patzenhofer–Kahlbaum G. m. b. H. Berlin»
gegründet, die in dieser Eigenschaft an den nachstehenden Vereinbarungen teilnimmt.

§ 2

Die nachstehenden Vereinbarungen sollen so verstanden und ausgelegt werden, daß im Rahmen des rechtlich Zulässigen die Verfolgung von Sonderinteressen ausgeschlossen ist. Die Interessengemeinschaft bezieht sich auf die gesamten Geschäfte und Unternehmungen der Gesellschaften. Sondergebiete bestehen nicht und können auch nicht begründet werden. Die Interessengemeinschaft erstreckt sich auf die Nutzbarmachung aller den Gesellschaften gehörigen Güter, Rechte und Beziehungen.

§ 3

[1] Die Satzung der GmbH ist insofern Bestandteil dieses Vertrages als alle Rechte und Pflichten, die das Statut für die Gesellschaften in dem Gemeinschaftsausschuß vorsieht, als Rechte und Pflichten auf Grund dieses Vertrages anzusehen sind.

[2] Die Gesellschaften haften für die Verbindlichkeiten der GmbH nach Verhältnis der Beteiligungsquote dieses Interessengemeinschaftsvertrages (§ 11 Abs. 5).

§ 4

[1] Die GmbH hat die Aufgabe, die Durchführung des Gemeinschaftsgedankens innerhalb der Interessengemeinschaft zu überwachen und sicherzustellen. Hierzu sind ihr insbesondere folgende Befugnisse eingeräumt:

1. Sie kann jederzeit von den Gesellschaften jede Auskunft über geschäftliche Verhältnisse, über laufende Geschäfte und geschäftliche Ansichten verlangen. Die Gesellschaften haben periodisch über den Geschäftsgang Bericht zu erstatten.

2. Sie kann jederzeit Einblick in die Bücher und Geschäftspapiere der Gesellschaften nehmen, Abschrift oder Auszüge aus denselben verlangen.

3. Sie kann jederzeit die Anlagen und Betriebe der Gesellschaften gegebenenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen besichtigen, sowie die Besichtigung der

* Der Vertrag findet sich auch bei Rosendorff, Konzernrecht S. 138 ff.

Anlagen und Betriebe der einen Gesellschaft durch Vertreter der andern Gesellschaft veranlassen.

4. Sie kann Grundsätze über die Behandlung der einzelnen Geschäfte aufstellen und Anweisung über deren Ausführung geben, insbesondere kann sie Grundsätze über den Austausch von Betriebserfahrungen, sowie Richtliniinien für gemeinsamen Ein- und Verkauf aufstellen.

[5] Sie kann einen gemeinsamen Finanzplan aufstellen. Hierbei sollen die Mittel und der Kredit der Gesellschaften so ausgenutzt werden, wie es dem gemeinschaftlichen Interesse entspricht. Im gemeinschaftlichen Interesse kann es auch liegen, freie Mittel der Gesellschaften der GmbH selbst zur Verfügung zu stellen.

6. Sie hat die jährliche Abrechnung vorzunehmen und hierbei insbesondere die ihr von den Gesellschaften eingereichten Vorbilanzen nachzuprüfen. Sie kann auch Richtlinien für deren Aufstellungen festsetzen. Sie verwaltet dasjenige Vermögen der Interessengemeinschaft, das für die gemeinschaftlichen Zwecke gebunden sein soll.

8. Sie kann zu Lasten der Gemeinschaft Beträge für allgemeine Zwecke leisten oder zusagen.

[2] Der Gemeinschaftsausschuß (§ 5) kann der GmbH weitere Befugnisse, auch in bezug auf die Direktion der Gesellschaft übertragen.

[3] Die GmbH übt alle Befugnisse durch ihre Geschäftsführer oder deren Beauftragte aus.

[4] Die Befugnisse der GmbH zu selbständigen Geschäften wird durch die vorstehenden Bestimmungen nicht berührt.

§ 5

[1] Die oberste Entscheidung in allen Fragen der Interessengemeinschaft liegt beim Gemeinschaftsausschuß. Er besteht aus 15 Personen, von denen je 5 von den Aufsichtsräten von Schultheiß und Ostwerke aus ihrer Mitte entsandt, die weitern 5 von der Generalversammlung von Kahlbaum aus der Mitte des Aufsichtsrates dieser Gesellschaft gewählt werden. Die Entsendung findet alljährlich statt, und zwar bei Schultheiß und Ostwerke in einer nach der ordentlichen Generalversammlung stattfindenden Aufsichtsratssitzung, bei Kahlbaum in der ordentlichen Generalversammlung nach Vornahme der etwaigen Aufsichtsratswahlen. Der Gemeinschaftsausschuß entscheidet mit einfacher Stimmenmehrheit. Bei Stimmengleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden. Durch einstimmigen Beschluß kann sich der Gemeinschaftsausschuß aus den Reihen der Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaften bis zu 18 durch Kooptation ergänzen. Das Amt der kooptierten Mitglieder endet gleichzeitig mit demjenigen der von den Gesellschaften entsandten Mitglieder alljährlich.

[2] Der Ausschuß hat ein Präsidium, in das jede der drei Gesellschaften ein Ausschußmitglied entsendet. Das Präsidium verständigt sich über den Vorsitz im Präsidium und im Gemeinschaftsausschuß. Der Ausschuß bildet zur Erledigung besonderer Aufgaben eine oder mehrere Kommissionen und kann Teile seiner Befugnisse auf diese übertragen. Der Gemeinschaftsausschuß gibt sich im übrigen seine Geschäftsordnung selbst.

§ 6

[1] Der Gemeinschaftsausschuß bestellt die Geschäftsführung der GmbH und hat

neben dieser die Aufgabe, die Durchführung des Gemeinschaftsgedankens innerhalb der Interessengemeinschaft zu überwachen und sicherzustellen.

[2] Die Geschäftsführung der GmbH hat die Zustimmung des Gemeinschaftsausschusses einzuholen für

1. Die Aufnahme neuer Geschäftszweige;

2. Die Ausführung neuer Anlagen und Einrichtungen, soweit sie über den Rahmen normaler Betriebsgestaltung hinausgehen;

3. Den Erwerb, die Veräußerung oder Belastung von Grund und Boden, Gebäuden und Betriebsanlagen, soweit es sich um Beträge von mehr als 500 000 RM handelt;

4. Die Beteiligung an fremden Unternehmungen, soweit die Beteiligungen den Betrag von einer Million übersteigen;

5. Die Veräußerung von Beteiligungen und Wertpapieren, soweit der Wert der letzteren eine Million RM übersteigt;

6. Die Aufnahme neuer Anleihen;

7. Die Aufnahme neuer Mitglieder in die Interessengemeinschaft und die Verschmelzung einer Gesellschaft mit einer andern;

8. Die Bezüge der Geschäftsführer der GmbH sowie der Mitglieder des Gemeinschaftsausschusses.

§ 7

Die Entscheidung des Gemeinschaftsausschusses ist einzuholen, wenn im Einzelfalle einer der gemäß dem Statut der GmbH bestellten Hauptgeschäftsführer oder in Behinderung der Vertreter es verlangt.

§ 8

Einspruch gegen die folgenden Beschlüsse des Gemeinschaftsausschusses ist zulässig:

1. Über die Neuerrichtung oder den Erwerb von Anlagen;

2. Über den Erwerb von Unternehmungen und Beteiligungen an solchen;

3. Über die Anschaffung von Wertpapieren einer Gattung, zu 1–3, sofern es sich um Gegenstände von je mindestens einer Million handelt;

4. Über die Aufnahme neuer Mitglieder in die Interessengemeinschaft;

5. Über die Verschmelzung einer der Interessengemeinschaft angehörenden Gesellschaft mit einer andern Gesellschaft;

6. Über die Gemäßheit des § 10 letzter Absatz im Falle einer Kapitalerhöhung erfolgende Gewährung einer Beteiligung am Ergebnis;

7. Über die Zustimmung zur Herabsetzung des Stammkapitals einer der Gesellschaften (§ 10 vorletzter Absatz) oder zur Schmälerung des Anlage- und Betriebskapitals (§ 12 letzter Absatz). Der Einspruch muß binnen einer Frist von einer Woche bei der Geschäftsführung der GmbH eingereicht werden; zur Erhebung des Einspruches sind zwei Mitglieder des Gemeinschaftsausschusses sowie jeder der beiden Hauptgeschäftsführer der GmbH, in Behinderung eines derselben der Vertreter berechtigt. Der Einspruch hat zur Folge, daß die Entscheidung der drei Aufsichtsratskollegien der drei Gesellschaften herbeigeführt wird. Zu den die Entscheidung herbeiführenden Aufsichtsratssitzungen sind die beiden Hauptgeschäftsführer, in deren Behinderung ihre Vertreter hinzuzuziehen. Wenn auch nur ein Aufsichtsratskollegium dem Beschluß des Gemeinschaftsausschusses nicht zustimmt, so darf dieser nicht zur Ausführung gelangen.

§ 9

[1–3] (Betreffen das Geschäftsjahr)

[4] Die Gesellschaften werden ihre Statuten auch im übrigen möglichst unter einander in Übereinstimmung bringen und diesem Vertrage anpassen. Änderungen der alsdann festgestellten Statuten sollen ohne Zustimmung des Gemeinschaftsausschusses nicht zulässig sein.

§ 10

[1] Nach Durchführung der Kapitalserhöhungen, welche die Generalversammlungen von Ostwerke und Kahlbaum bereits am 4. März 1921 beschlossen haben, betragen die Aktienkapitalien der drei Gesellschaften 1. das Aktienkapital von Schultheiß an Stammaktien 36 Millionen; 2. das Aktienkapital von Ostwerke an Stammaktien 40 Millionen, an Vorzugsaktien 19,4 Millionen; 3. das Aktienkapital von Kahlbaum an Stammaktien 32 Millionen, an Vorzugsaktien 20 Millionen RM.

[2] Schultheiß wird der Generalversammlung der dieser Interessengemeinschaftsvertrag vorzulegen ist, gleichzeitig die Erhöhung ihres Aktienkapitals um 4 Millionen RM Stammaktien mit Gewinnberechtigung ab 1. Sept. 1920 vorschlagen, so daß das Aktienkapital alsdann 40 Millionen RM beträgt. Schultheiß wird die neuen Aktien unter Ausschluß des Bezugsrechtes der Aktionäre an Ostwerke zum Kurse von 300 % überlassen, wobei Ostwerke alle Kosten und Stempel einschließlich des Schlußnotenstempels und die Kosten für die Einführung der jungen Aktien an der Börse trägt. Vorstand und Aufsichtsrat jeder der Gesellschaften werden weitere Erhöhungen ihres Aktienkapitals nur beantragen oder einer seitens der Aktionäre beantragten Erhöhung nur zustimmen, nachdem der Gemeinschaftsausschuß sich mit der Kapitalserhöhung einverstanden erklärt hat. Das Gleiche gilt für etwaige Kapitalherabsetzungen. Der Gemeinschaftsausschuß hat insbesondere im Falle einer Kapitalserhöhung darüber zu beschließen, ob und in welchem Umfange der das Kapital erhöhende für das durch die Kapitalerhöhung neu entstehende Betriebkapital eine Beteiligung am Ergebnis zusteht. Wird das Kapital ohne einen solchen Beschluß des Gemeinschaftsausschusses erhöht, so findet eine Beteiligung nicht statt.

§ 11

[1] Nach Ablauf eines jeden Geschäftsjahres stellen die Gesellschaften Vorbilanzen auf. Diese entsprechen grundsätzlich den Vorschriften des HGB über die Bilanzen der Aktiengesellschaften. Ob in die Vorbilanzen Abschreibungen und Rückstellungen aufzunehmen sind, bestimmt die Geschäftsführung der GmbH unbeschadet des Rechtes des Gemeinschaftsausschusses, hieran Änderungen vorzunehmen. Soweit die Geschäftsführungen Richtlinien für die Aufmachung der Vorbilanzen aufgestellt hat, sind diese zu berücksichtigen.

[2] Die Vorbilanzen sollen jeweils bis zum 31. Dezember der GmbH eingereicht werden. Die Geschäftsführung der GmbH prüft sie nach. Werden Beanstandungen von der betreffenden Gesellschaft nicht anerkannt, so entscheidet darüber der Gemeinschaftsausschuß. Gegen die Entscheidung kann die betroffene Gesellschaft das im § 15 genannte Schiedsgericht anrufen. Die Anrufung des Schiedsgerichts ist jedoch unzulässig, die Entscheidung des Gemeinschaftsausschusses also endgültig, wenn der Beschluß mit mindestens ¾ Mehrheit der an der Abstimmung teilnehmenden Mitglieder zustande kommt und mindestens 2 Mitglieder desjenigen Aufsichtsrates zugestimmt haben, dessen Gesellschaft von der Beanstandung betroffen wird.

[3] Ist bei der Abrechnung eine Beanstandung noch nicht erledigt, so wird das für die Gemeinschaftsabrechnung ungünstigere Ergebnis zu Grunde gelegt, vorbehaltlich der Richtigstellung bei der nächstjährigen Abrechnung.

[4] Bei Feststellung der Summe der Ergebnisse der Vorbilanz jeder der Gesellschaften sind die auf die Vorzugsaktien entfallenden Dividenden vorweg in gleicher Weise wie Zinsen von Anleihen, ferner die Kosten der GmbH, soweit sie nicht aus eigenen Einnahmen gedeckt werden konnten, in Abzug zu bringen. Der Gemeinschaftsausschuß bestimmt alljährlich, ob und welche Beträge aus dem Gesamtergebnis an die GmbH für deren Zwecke überwiesen werden.

[5] An der so festgesetzten Summe der Ergebnisse der Vorbilanzen der drei Gesellschaften sind Schultheiß mit 25/70, Ostwerke und Kahlbaum mit 45/70 beteiligt (Beteiligungsquote).

[6] Der Ausgleich findet auch als unmittelbare Herauszahlung von der einen Gesellschaft an die andere Gesellschaft unter Ausschluß jeder Aufrechnung statt, wobei Ostwerke als Vertreterin von Kahlbaum angesehen wird. Die Herauszahlung hat spätestens innerhalb eines Monats zu erfolgen, nachdem die GmbH das Ergebnis mitgeteilt hat. Nach Ablauf dieses Monats hat der säumige Teil den Lombardzinsfuß der Reichsbank, mindestens aber 6% Verzugszinsen an den andern Teil zu vergüten.

[7] Der Gemeinschaftsausschuß setzt auf Vorschlag der GmbH nunmehr fest, welche Beträge von den Gesellschaften zu Abschreibungen und Rückstellungen aus den die Beteiligungsquote ausmachenden Summen zu verwenden sind. Der alsdann verbleibende Restbetrag steht zur Verfügung der Gesellschaften.

§ 12

[1] Die Gesellschaften können über den ihnen nach § 11 zur Verfügung stehenden Anteil frei bestimmen. Insbesondere haben sie selbständig darüber zu befinden, ob und in welchem Umfange sie ihren Anteil zu weiteren Abschreibungen und Rückstellungen verwenden.

[2] Die Entscheidung über die Verwendung liegt bei den gesetzlichen Organen der Gesellschaft. Hierbei vereinbaren die Gesellschaften, daß die auf die Stammaktien als Dividende oder in anderer Form zur Ausschüttung gelangenden Summen im gleichen Verhältnis zu einander stehen wie die quotenmäßige Beteiligung am Ergebnis. Der Gemeinschaftsausschuß hat bei den ihm nach § 11 obliegenden Entscheidungen dafür zu sorgen, daß die Gesellschaften diese Vereinbarungen unter Berücksichtigung ihrer Statuten zur Ausführung bringen können. Das bei Beginn der Interessengemeinschaft vorhandene Anlage- und Betriebskapital einschließlich des in offenen oder stillen Reserven vorhandenen, darf in seiner Gesamtsumme nicht ohne Zustimmung des Gemeinschaftsausschusses durch Ausschüttung an die Aktionäre geschmälert werden.

§ 13

[1] Die Dauer der durch den vorliegenden Vertrag begründeten Interessengemeinschaft wird auf die Zeit bis zum 31. August 1980 festgesetzt. Die Interessengemeinschaft verlängert sich, falls nicht spätestens zehn Jahre vor ihrem Ablauf einer der Vertragsschließenden durch eingeschriebenen Brief erklärt, die Gesellschaft nicht fortsetzen zu wollen, jedesmal um zehn Jahre. Ostwerke und Kahlbaum verpflichten sich, die zwischen ihnen bestehende interne Interessengemeinschaft (§ 1 Absatz 1

Satz 2) während der Dauer dieser Interessengemeinschaft nicht ohne Zustimmung von Schultheiß zur Auflösung zu bringen.

[2] Die bei Ablauf der Interessegemeinschaft noch nicht abgewickelten Geschäfte werden für Rechnung der betreffenden Gesellschaft zu Ende geführt. Die GmbH wird nach der gesetzlichen Vorschrift liquidiert. Im übrigen gelten für die Auseinandersetzung folgende Bestimmungen:

[3] Bei Beendigung der Interessengemeinschaft wird der Wert des Vermögens jeder Gesellschaft ohne Berücksichtigung der Bilanzvorschriften des HGB festgestellt, und zwar ist der gemeine Wert maßgebend, für Waren jedoch der Großhandelspreis.

[4] Nach Feststellung des Vermögens der drei Gesellschaften sind die Beträge, welche auf die in § 10 aufgeführten Vorzugsaktien eingezahlt sind, abzuziehen.

[7] Ergibt sich alsdann, daß das Vermögen von Schultheiß mehr als 25/70 der Gesamtheit der Vermögen aller drei Gesellschaften beträgt, so hat Ostwerke den Fehlbetrag an Schultheiß in bar abzuführen.

[10] Die Verrechnung zwischen Ostwerke und Kahlbaum erfolgt auf Grund des zwischen diesen beiden Gesellschaften bestehenden Interessengemeinschaftsvertrages.

[11] Die Abrechnung der Auseinandersetzungen sowie die Liquidationsbilanz der GmbH selbst werden vom Gemeinschaftsausschuß nachgeprüft und das Ergebnis auch hinsichtlich des vorzunehmenden Ausgleichs festgestellt. Gegen diese Feststellung kann jede Gesellschaft binnen einem Monat nach Mitteilung des Ergebnisses durch das Präsidium des Gemeinschaftsausschusses, das in § 15 vorgesehene Schiedsgericht anrufen.

[12] Das Schiedsgericht kann sich in seiner Entscheidung auch von Grundsätzen der Billigkeit leiten lassen. Es kann insbesondere berücksichtigen, daß in den Zeitpunkten der Auseinandersetzung für die Feststellung des gemeinen Wertes hinsichtlich der einen oder andern Gesellschaft im ganzen oder in bezug auf bestimmte Vermögenswerte ungewöhnliche Verhältnisse vorliegen.

[13] Gegen diese Entscheidung ist die Berufung an ein Oberschiedsgericht statthaft, für welches jede Partei zwei Schiedsrichter ernennt. Diese wählen einen Obmann. Im übrigen finden die Vorschriften des § 15 entsprechende Anwendung. Auch das Oberschiedsgericht kann sich in seiner Entscheidung von Grundsätzen der Billigkeit leiten lassen. Die Berufung muß binnen einer Frist von einem Monat seit der Zustellung des Schiedsspruches durch Erklärung beim Vorsitzenden des Schiedsgerichtes erhoben werden.

§ 14

[1] Im Falle der wissentlichen oder groben fahrlässigen Verletzung oder Umgehung der in diesem Vertrage festgesetzten Verpflichtungen verfällt der schuldige Teil in eine Vertragsstrafe von einer Million RM für jeden Fall der Zuwiderhandlung. Das in § 15 vorgesehene Schiedsgericht kann die Vertragsstrafe herabsetzen.

[2] Die von Schultheiß verwirkte Vertragsstrafe wird von Ostwerke, die von Ostwerke oder Kahlbaum verwirkten Vertragsstrafen von Schultheiß durch Vermittlung der GmbH geltend gemacht und eingezogen. Sie verbleibt dem berechtigten Teil zu freier Verfügung. Der Anspruch auf Vertragserfüllung, sowie die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens wird durch die Einziehung der Vertragsstrafe nicht ausgeschlossen.

§ 15

[1] Alle aus diesem Vertragsverhältnis zwischen den Vertragsschließenden entstehenden Streitigkeiten, einschließlich solcher über Bestand und Kündigung des Vertrages, sollen unter Ausschluß des Rechtsweges durch ein Schiedsgericht entschieden werden, das auch zuständig bleibt, wenn der Schiedsspruch aufgehoben wird. Jede Partei, auch wenn sie aus mehreren Gesellschaften besteht, ernennt einen Schiedsrichter. Verzögert eine Partei die Ernennung eines Schiedsrichters, so kann die andere sie auffordern, den Schiedsrichter binnen einer Frist von zwei Wochen zu ernennen. Ist diese Frist fruchtlos verlaufen, so kann die andere Partei den Präsidenten des Kammergerichts um die Ernennung des Schiedsrichters ersuchen. Die Schiedsrichter ernennen einen Obmann. Ist eine Einigung der Schiedsrichter über die Person des Obmannes nicht zu erzielen, so wird dieser auf Antrag von dem Präsidenten des Kammergerichts ernannt. Anstelle des Präsidenten des Kammergerichts tritt bei Wegfall dieses Gerichtes der Präsident des das Kammergericht ersetzenden Gerichtes.

[2] Im Falle des § 13 vorletzter Absatz ist Berufung an das dort vorgesehene Oberschiedsgericht zulässig.

§ 16

Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages können mit Zustimmungen der Aufsichtsräte der Gesellschaften vereinbart werden, soweit es sich nicht um das in § 8 geregelte Einspruchsrecht gegen Beschlüsse des Gemeinschaftsausschusses, um die in §§ 11 und 12 enthaltenen Bestimmungen über das Gewinnbeteiligungsverhältnis oder um die Bestimmungen über die im Falle der Beendigung der Interessengemeinschaft und § 13 festgesetzten gegenseitigen Verpflichtungen handelt. In den ausgenommenen Fällen ist zur Änderung die Zustimmung der Generalversammlung jeder Gesellschaft erforderlich.

§ 17

Falls eine Bestimmung dieses Vertrages, welche nicht die Beteiligungsquote der Gesellschaften während der Dauer der Interessengemeinschaft betrifft, aus irgendeinem Grunde hinfällig sein oder werden sollten, so steht keinem der Vertragsschließenden das Recht zu, deshalb den Vertrag zu kündigen oder anzufechten.

*b) Gesellschaftsvertrag der «Interessengemeinschaft Ostwerke-Schultheiß-Patzenhofer-Kahlbaum G.m.b.H.»**

§ 1

Die Gesellschaft hat die Firma
«Interessengemeinschaft Ostwerke-Schultheiß-Patzenhofer-Kahlbaum G.m.b.H.»
Ihr Sitz ist Berlin.

§ 2

Gegenstand des Unternehmens ist:

1. Die Durchführung des Gemeinschaftsgedankens innerhalb der zwischen den Gesellschaftern abgeschlossenen Interessengemeinschaft.

2. Die kaufmännische und industrielle Betätigung auf dem Wirtschaftsgebiete der die Interessengemeinschaft bildenden Gesellschaften, insbesondere auf dem Gebiete

* Abgedruckt bei Rosendorff, Konzernrecht, S. 145 ff.

der Brauerei, Brennerei, Sprit, Hefe, Likörfabrikation, sowie der Landwirtschaft und der chemischen Industrie.

3. Der Erwerb von gleichartigen oder ähnlichen Unternehmungen, die Beteiligung an solchen, wie überhaupt der Betrieb von Handelsgeschäften aller Art in den genannten oder verwandten Wirtschaftszweigen.

4. Die Gesellschaft kann alle Maßnahmen vornehmen, die der Geschäftsführung zur Erreichung und Förderung des Zwecks der Gesellschaft angemessen erscheinen.

§ 3

Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 65 000 RM.

1. An diesem Kapital ist die

Ostwerke AG. mit einer Stammeinlage von	26 000 RM
Schultheiß mit einer Stammeinlage von	19 500 RM
die Kahlbaum AG. mit einer Stammeinlage von	19 500 RM

beteiligt.

2. Je 10 RM Geschäftsanteil gewähren eine Stimme.

3. Durch Gesellschaftsbeschluß vom 27. April 1925 ist das Stammkapital um 935 000 RM, also auf 1 Million erhöht worden.
Von diesen haben übernommen:

Ostwerke eine weitere Stammeinlage von	374 000 RM
Schultheiß eine weitere Stammeinlage von	280 500 RM
Kahlbaum eine weitere Stammeinlage von	280 500 RM

§ 4

Zur Veräußerung von Geschäftsanteilen und von Teilen von solchen bedarf es der Einwilligung jedes einzelnen Gesellschafters.

§ 5

Organe der Gesellschaft sind:
1. die Geschäftsführer,
2. der Beirat,
3. die Gesellschafterversammlung.

§ 6

(Regelt die Bestellung der Geschäftsführer und bestimmt, daß diese vom Gemeinschaftsausschusse, einem Organ der Interessengemeinschaft, zu bestellen sind.)

§ 14

Die Geschäftsführung und der Beirat haben die Bestimmungen des die Interessengemeinschaft regelnden Vertrages einzuhalten.

II.

*Interessengemeinschaftsvertrag der Siemens/Rheinelbe/ Schuckert-Union**

§ 1

Zwischen der

1. Siemens & Halske A.G.,
2. Siemens-Schuckertwerke GmbH,
3. Gelsenkirchener Bergwerks-A.G.,
4. Deutsch-Luxemburgischen Bergwerks- und Hütten-A.G.,
5. Siemens-Rheinelbe-Schuckert-Union-GmbH (S.R.S.U. GmbH)

wird ein Interessengemeinschaftsvertrag geschlossen mit dem Zweck, die geschäftlichen Belange und Beziehungen derart zusammenzufassen, daß die Gesellschaften unter Wahrung ihrer rechtlichen und verwaltungsmäßigen Selbständigkeit eine wirtschaftliche Einheit bilden.

§ 2

Die Organe der Interessengemeinschaft sind

1. die Geschäftsführungs-GmbH,
2. der Gemeinschaftsrat.

§ 3

Die S.R.S.U. GmbH hat die Aufgabe, die Durchführung des Gemeinschaftsgedankens innerhalb der Interessengemeinschaft zu überwachen und sicherzustellen. Hierzu werden ihr insbesondere folgende Befugnisse eingeräumt:

1. Die S.R.S.U. GmbH kann jederzeit von den Gesellschaften Auskunft über geschäftliche Verhältnisse, laufende Geschäfte und geschäftliche Absichten verlangen. Die Gesellschaften haben entsprechend periodisch Bericht über den Geschäftsgang zu erstatten.

2. Sie kann ferner jederzeit Einblick in die Bücher und Geschäftspapiere der Gesellschaften nehmen.

3. Sie kann Besichtigungen der Betriebe einer Gesellschaft durch Vertreter der andern Gesellschaften vornehmen lassen oder selbst unter Hinzuziehung von Sachverständigen vornehmen.

4. Sie kann einen Fabrikationsplan aufstellen. Soweit jedoch hierdurch im Interesse möglichster Wirtschaftlichkeit Betriebe erweitert oder stillgelegt werden sollen, bedarf es der Zustimmung des Gemeinschaftsrates.

5. Ferner kann sie Grundsätze über den Austausch von Fabrikationsmethoden und Betriebserfahrungen aufstellen.

6. Sie kann gemeinschaftliche Finanzpläne aufstellen. Hierbei sollen die Mittel und der Kredit so ausgenützt werden, wie es den gemeinschaftlichen Interessen entspricht. Eine gegenseitige Vergütung für leihweise Überlassung von Kapitalien findet in der Regel nicht statt.

7. Sie hat auch die jährliche Abrechnung vorzunehmen und hierbei insbesondere die von den Gesellschaften eingereichten Bilanzen zu prüfen.

* Der Vertrag ist nach den Angaben Kleinschmidts (S. 33ff) zusammengestellt. Eine Einteilung in Paragraphen und deren Numerierung – unabhängig vom Original – drängte sich dabei aus Gründen der Übersichtlichkeit auf.

8. Sie verwaltet dasjenige Vermögen der Interessengemeinschaft, das für gemeinschaftliche Zwecke gebunden ist.

9. Sie kann zu Lasten der Gemeinschaft Beiträge für allgemeine Zwecke leisten oder zusagen.

§ 4

Die personellen Belange der einzelnen Gesellschaften sind in deren Unternehmungen vollständig durch die Handlungsfreiheit deren Leiter gewahrt.

§ 5

Das Aktienkapital der Gelsenkirchener Bergwerks-AG und der Deutsch-Luxemburgischen Bergwerks- und Hütten-AG sowie der Siemens & Halske AG wird auf eine gleiche Basis von je 130 Millionen gebracht und das der Schuckertgesellschaft auf 70 Millionen festgesetzt.

§ 6

Zur gegenseitigen finanziellen Beteiligung geben die Gesellschaften insgesamt 460 Millionen RM Vorzugsaktien aus, die sich folgendermaßen verteilen: Gelsenkirchen, Deutsch-Luxemburg und Siemens & Halske je 130 Millionen und die Schuckertgesellschaft 70 Millionen.

Diese Vorzugsaktien besitzen eine feste Dividende von 6% und haben einfaches Stimmrecht. Sie dienen lediglich zum Austausch unter den beteiligten Gesellschaften und werden bei einer Auflösung der Interessengemeinschaft mit 115% vor den Stammaktien zurückgezahlt. Das Stimmrecht soll nach dem Vertrag, solange die Interessengemeinschaft besteht, ruhen und nur bei drohender Überfremdungsgefahr ausgenutzt werden.

§ 7

Zwischen den einzelnen Aufsichtsratkollegien und Vorständen wird ein Austausch von Mitgliedern vorgenommen.

§ 8

Die oberste Entscheidung aller Fragen der Interessengemeinschaft liegt beim Gemeinschaftsrat. Dieser besteht aus den Geschäftsführern der S.R.S.U. GmbH und weiteren Mitgliedern aus dem Kreise der Vorstände und Aufsichtsräte der Gesellschaften. Der Gemeinschaftsrat wählt aus seiner Mitte so viele gleichberechtigte Vorsitzende, als hundertteilige Vollquoten der Interessengemeinschaft beteiligt sind. Wird die bisher 45 Kopfteile betragende Quote der Schuckertgesellschaft ebenfalls auf 100 Kopfteile erhöht, so hätte ein weiterer Vorsitzender hinzuzukommen.

In der Regel tritt der Gemeinschaftsrat monatlich zusammen, außerdem wird er binnen acht Tagen zusammenberufen, wenn ein Antrag hierfür beim geschäftsführenden Vorsitzenden vorliegt.

Der Gemeinschaftsrat faßt seine Beschlüsse auf dem Wege der Einigung. Diese ist erzielt, wenn von den anwesenden Vertretern der Gesellschaften sich die absolute Mehrheit mit dem Antrage einverstanden erklärt. Wird eine Einigung nicht erzielt, so gilt der Antrag als abgelehnt. Ist der Antrag an dem Widerspruche nur einer Gesellschaft gescheitert, so hat jede Gesellschaft das Recht, eine zweite Abstimmung zu verlangen, bei welcher sämtliche Vertreter der Gesellschaften ein selbständiges Stimmrecht haben. Der Antrag gilt dann als angenommen, wenn sämtliche anwe-

senden Vertreter, bis auf die der widersprechenden Gesellschaft, sich für den Antrag entscheiden.

§ 9

Jährlich erfolgt eine Abrechnung über die zusammengeschütteten Reingewinne. Die Gewinnverteilung wird im Verhältnis $100 \times 100 \times 100 \times 45$ vorgenommen, und zwar so, daß die beiden Montangesellschaften und Siemens & Halske je 100 Teile erhalten, die Schuckertgesellschaft aber 45 bekommt.

§ 10

Die Interessengemeinschaft wird für die Dauer von achtzig Jahren geschlossen. Sie endet ein Jahr nach der Kündigung, die erstmals zum 30. September 2000 erfolgen kann. Wird die Kündigung zu diesem Termin nicht ausgesprochen, so verlängert sich der Vertrag um jeweils zehn Jahre.

§ 11

Um bei einer Auseinandersetzung die Verschiedenheit der in den Anlagewerten etwa entstandenen stillen Reserven und den Unterschied im Werte der Unternehmungen als Ganzes auszugleichen, hat jede Gesellschaft vom Tage der Auflösung der Interessengemeinschaft an, den andern Gesellschaften gegenüber folgende Verpflichtungen zu erfüllen: Die Gesellschaften gewähren untereinander einen Anteil am Jahresgewinn in der Höhe desjenigen Betrages, welchen die Aktionäre als Gewinnanteil erhalten. Für den Fall der Auflösung oder Fusionierung mit andern Unternehmungen sollen entsprechende Vorkehrungen getroffen werden.

Zur Verbriefung dieser Verpflichtungen ist bei Auflösung der Interessengemeinschaft, zu der eine Vierfünftelmehrheit erforderlich ist, eine gegenseitige Gewinnbeteiligung durch Genußscheine vorgesehen. Diese gewähren jedoch kein Stimmrecht und kein Recht auf Teilnahme an den Generalversammlungen. Eine Kündigung oder Auslosung der Genußscheine findet nicht statt, dagegen können die durch sie verbrieften Forderungen abgetreten oder verpfändet werden.

§ 12

Sämtliche Streitigkeiten, einschließlich solcher über Bestand oder Kündigung des Vertrages werden unter Ausschluß des Rechtsweges durch ein Schiedsgericht, welches sich aus Vertretern der Parteien bildet, entschieden.

III.

Interessengemeinschaftsvertrag

*Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft – Union Elektrizitätsgesellschaft**

[1] Die beiden Gesellschaften. Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft (AEG) und Union Elektrizitätsgesellschaft (UEG), erstreben eine Zusammenfassung und möglichste Vereinigung ihrer technischen und kommerziellen Kräfte und Leistungen und zu diesem Zweck eine vollkommenere Arbeitsteilung, Ersparnisse in der Organisation, dem Verkauf, der Fabrikation und der Projektierung.

[2] Für den Zusammenschluß der beiden Gesellschaften ist die Form einer Interessengemeinschaft gewählt, um die aus der eigenartigen Entwicklung der beiderseitigen Gesellschaften sich ergebenden Vorteile aufrecht zu erhalten. Es gelten hierfür die nachstehenden Grundsätze und Bestimmungen:

* Der Vertrag ist auch bei Rosendorff, Konzernrecht S. 132 ff, abgedruckt.

1. Identität der Geschäftsführung und Verwaltung, soweit dieses gesetzlich zulässig;

2. Arbeitsteilung, entsprechend der Eigenart der beiderseitigen Fabrikationseinrichtungen, unter Austausch aller kommerziellen und technischen Erfahrungen;

3. Möglichste Erhaltung des gegenwärtigen Beschäftigungsverhältnisses beider Gesellschaften;

4. Tunlichste Verschmelzung der auswärtigen Organisation.

[3] Dies vorausgeschickt, wird zwischen der AEG einerseits, der UEG andererseits folgender Vertrag abgeschlossen:

§ 1

[1] Der Vorstand der AEG und der der UEG leiten gemeinschaftlich die gesamten Geschäfte beider Gesellschaften als Gesamtdirektion. Diese soll in der Regel aus nicht mehr als 10 Mitgliedern bestehen, von welchen der Aufsichtsrat der AEG bis 7, der Aufsichtsrat der UEG bis 3 ernennt.

[2] Ferner verpflichten sich die Gesellschaften gegenseitig, die jetzigen und künftigen Vorstandsmitglieder der einen Gesellschaft, welche von deren Aufsichtsrat gemäß den Vorschlägen des Delegationsrates bestellt werden, auch zu Vorstandsmitgliedern der andern Gesellschaft zu ernennen.

[3] Die Gesamtdirektion wird von einem Generaldirektor oder mangels eines solchen von einem oder zwei Vorsitzenden geleitet.

§ 2

[1] Die Mitglieder der Aufsichtsräte der beiden Gesellschaften bilden zusammen den gemeinsamen Delegationsrat der Gesellschaften; in demselben führen die Mitglieder jedes Aufsichtsrates zusammen 12 Stimmen, ohne Rücksicht auf die Zahl der Abstimmenden. Jeder Aufsichtsrat regelt durch seine Geschäftsordnung die Verteilung der ihm zustehenden 12 Stimmen auf seine jeweilig in der Sitzung des Delegationsrats anwesenden Mitglieder. Der Delegationsrat tritt zusammen, so oft er von der Gesamtdirektion oder von einem der beiden Vorstände oder Aufsichtsräte einberufen wird. Den Vorsitz führt der Vorsitzende des Aufsichtsrates der AEG, den stellvertretenden Vorsitz der Vorsitzende des Aufsichtsrates der UEG. Der Delegationsrat beschließt, soweit nicht nachstehend ein anderes Majoritätsverhältnis festgesetzt ist, nach Stimmenmehrheit.

[2] Der Delegationsrat ernennt den Generaldirektor bzw. die Vorsitzenden der Gesamtdirektion; er ist zum Widerruf seiner Ernennung berechtigt. Er entscheidet auf Anrufen eines Mitgliedes der Gesamtdirektion bei Meinungsverschiedenheiten a) innerhalb der Gesamtdirektion, b) zwischen den beiden Vorständen.

§ 3

[1] Die Aufsichtsräte beider Gesellschaften sind bei der Beschlußfassung über folgende Gegenstände an die Beschlüsse des Delegationsrates gebunden:

1. Erweiterung oder Abtretung von Fabrikationseinrichtungen, im Falle es sich um mehr als 1% des Aktienkapitals der betreffenden Gesellschaft handelt;

2. Dauernde Investitionen im Betrage von mehr als 2% des Aktienkapitals der betreffenden Gesellschaft;

3. Abänderungen des vorliegenden Vertrages;

4. Ausgabe von Obligationen.

[2] Über folgende Gegenstände sollen die Aufsichtsräte beider Gesellschaften nur in Übereinstimmung mit den Beschlüssen des Delegationsrates beschließen:

5. Vorschläge an die Generalversammlung betreffend Statutenänderung, Fusion mit andern Unternehmungen, Kapitalserhöhung und -herabsetzung, Auflösung einer Gesellschaft;

6. Anstellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern.

[3] Über vorstehende Gegenstände zu 1–6 kann der Delegationsrat nur mit ¾ Majorität der Anwesenden bzw. vertretenen Mitglieder beschließen.

[4] Abgesehen von obigen Modalitäten behalten die Aufsichtsräte ihre bisherigen Funktionen bei. Die Aufsichtsratsmitglieder der AEG werden zu den Aufsichtsratssitzungen der UEG eingeladen und nehmen mit beratender Stimme teil, und umgekehrt.

§ 4

[1] Jede der beiden Gesellschaften macht zunächst in der bisher bei ihr üblichen Weise eine Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung auf. Von dem Gewinn- oder Verlustsaldo dieser Vorbilanz der AEG werden von dieser der UEG 4/19 gutgebracht, bzw. belastet, während die UEG von dem Gewinn- oder Verlustsaldo ihrer Vorbilanz an die AEG 15/19 gutzubringen bzw. zu belasten hat.

[2] Auf Grund der so ermittelten Gewinn- oder Verlustziffer stellt dann jede Gesellschaft für sich ihre gesetzlich und statutarisch vorgeschriebene Bilanz auf.

§ 5

Als Tag des Vertragsbeginnes wird der 1. Juli 1903 bestimmt. Die Dauer des Vertrages wird auf 35 Jahre, also bis zum 1. Juli 1938 festgesetzt. Erfolgt nicht ein Jahr vor Ablauf Kündigung von einer Stelle, so gilt der Vertrag jedesmal als um 5 Jahre verlängert.

§ 6

(Betrifft das Geschäftsjahr).

§ 7

[1] Über alle die Auslegung dieses Vertrages betreffenden oder sonst sich aus demselben ergebenden Streitigkeiten entscheidet ein Schiedsgericht. Dasselbe hat aus 5 Personen zu bestehen; von denselben wählt der Aufsichtsrat jeder Gesellschaft zwei Personen. Erfolgt die Wahl einer zur Übernahme des Amtes bereiten und geeigneten Person nicht innerhalb drei Wochen nach schriftlicher Aufforderung von der einen Seite, welche Aufforderung die Bezeichnung des Gegenstandes des zu entscheidenden Streites und die von dieser Seite ernannten Schiedsrichter enthalten muß, so geht das Wahlrecht auch dieser Schiedsrichter auf die das Verfahren betreibende Gesellschaft über.

[2] Die gewählten Schiedsrichter haben einen Obmann zu bestellen; ist für einen solchen eine Stimmenmehrheit nicht zu erzielen, so ist die Handelskammer zu Berlin um die Wahl des Obmanns zu ersuchen. Das Schiedsgericht bestimmt das bei dem Rechtsstreite zu beobachtende Verfahren.

§ 8

Beide Teile verpflichten sich, alsbald Generalversammlungen einzuberufen zwecks Beschlußfassung über die erforderlichen Statutenänderungen.

IV.

*Poolvertrag Deutsch-Amerikanische Petroleumgesellschaft – Deutsche Petroleumverkaufsgesellschaft**

Zwischen der

Deutsch-Amerikanischen Petroleumgesellschaft (nachfolgend Deutsch-Amerika genannt)

und der

Deutschen Petroleumverkaufsgesellschaft m.b.H. (nachfolgend Petroleum GmbH genannt)

wird folgender Poolvertrag geschlossen:

Art. 4

Die Selbständigkeit der beiden Gesellschaften bleibt gewahrt. (... while maintaining the individuality of each Company).

Art. 5

[1] Die Petroleum GmbH überläßt Deutsch-Amerika für die Zeit vom 1. Juni 1907 bis zum 31. Dezember 1915 die volle unbeschränkte Führung des gesamten Petroleumverkaufs im rechtsrheinischen Deutschland.

[2] Deutsch-Amerika ist berechtigt, die Zahl der Geschäftsführer (managing directors) und Abteilungsleiter (departmental managers) der Petroleum GmbH zu bestimmen, die Geschäftsführer und Abteilungsleiter sowie alle andern Angestellten zu ernennen und zu entlassen (to appoint and dismiss them) und ihre Anstellungsbedingungen und Vollmachten festzusetzen. Dabei hat Deutsch-Amerika bestehende Verpflichtungen der Petroleum GmbH zu beachten. Schadensbeträge, die infolge der Verletzung solcher Verpflichtungen bezahlt werden müssen, werden bis zu einer Gesamthöhe von 50000 RM von Deutsch-Amerika bezahlt, bei der Poolabrechnung aber in Ansatz gebracht. Darüber hinausgehende Beträge hat die Petroleum GmbH selbst zu tragen.

[3] Die Leitung und Kontrolle des Petroleumgeschäftes der Petroleum GmbH kann Deutsch-Amerika auch durch Delegierte ausüben. Für deren Verfehlungen haftet Deutsch-Amerika insoweit, als es sich nicht um Verluste handelt, die sich aus dem Verkauf von Petroleum oder im regelmäßigen Betriebe des Petroleumgeschäfts entstehen (any liability or loss falling on Petronaft – die Petroleum GmbH – other than loss arising on sales of kerosene or in the regular conduct of the kerosene business).

[4] Über alle Betriebseinrichtungen, Anlagen, Transportmittel und alles sonstige Inventar mit Ausnahme des Grundeigentums steht Deutsch-Amerika das volle Verfügungsrecht zu. Sie darf diese ändern, vermehren, vermindern, an sich selbst oder an Dritte verkaufen, wobei sie jedoch der Berechnung der Verkaufspreise die Einstandspreise zu Grunde zu legen hat und auf feste Anlagen und Eisenbahnbassinwagen nicht mehr als 6 %, auf sonstiges Inventar nicht mehr als 10 % pro Jahr abschreiben darf.

[6] Die satzungsmäßigen Rechte und Pflichten des Gesellschaftsausschusses (Aufsichtsrates) der Petroleum GmbH bleiben unberührt. Soweit jedoch Deutsch-Ame-

* Soweit er sich aus dem Text des Urteils des Reichsgerichts ergibt: ERG Bd. 82 (1913) S. 308 ff.

rika zur Ausübung der ihr im Vertrage eingeräumten Rechte die Unterstützung des Gesellschaftsausschusses oder der Mitgliederversammlung der Petroleum GmbH nötig hat, verpflichtet sich die Petroleum GmbH bei Meidung von Vertragsstrafen von 10 000 RM für jeden Fall der Zuwiderhandlung, daß die erforderlichen Beschlüsse in den beiden Organen gefaßt und daß sie ausgeführt werden.

[7] Die Petroleum GmbH verpflichtet sich, während der Dauer des Vertrages ihr Grundkapital nicht auf weniger als 6 Millionen RM herabzusetzen und ihre Statuten nicht in einer der Ausführung des Vertrages hinderlichen Richtung zu ändern.

[8] Zum Zwecke der Besorgung der Anlieferung der Petroleum GmbH, für die Verwaltung ihrer Geldangelegenheiten, für die Erledigung ihrer Versicherungen und für die Aufmachung der Bilanzen hat der Gesellschaftsausschuß das Recht, von Deutsch-Amerika unabhängige Geschäftsführer und sonstige Beamte anzustellen. Diese Beamten dürfen sich aber in keiner Weise in die Führung oder Kontrolle des Petroleumverkaufs einmischen (neither such managing directors nor employees shall in any way interfere with or look into the administration, control, management or conduct of the kerosene business). Sie haben in getrennten Kontoren zu arbeiten und werden von der Petroleum GmbH allein bezahlt. Für den Fall, daß sich diese Beamten trotzdem eine Einmischung zu schulden kommen lassen, müssen sie auf Wunsch von Deutsch-Amerika sofort entlassen werden.

Art. 9

Deutsch-Amerika ist es gestattet, Petroleum, gleichviel von welcher Partei es herstammt, durch die Anlagen und Transportmittel der Petroleum GmbH oder von Deutsch-Amerika laufen zu lassen und im Namen der einen oder andern Partei zu verkaufen.

Art. 11

Die Petroleum GmbH wird von Deutsch-Amerika mit einem Anteil von 20 % vom Geschäftsergebnis entschädigt.

Art. 12

Die Poolabrechnung wird von Deutsch-Amerika besorgt.

Art. 20

Für den Fall, daß eine dritte Firma oder Firmengruppe (concern) in die zwischen den Parteien bestehende Gesellschaft eintreten oder mit dem Geschäft einer der Parteien vereinigt werden sollte, so soll Deutsch-Amerika, nicht aber die Petroleum GmbH, eine derartige Abmachung ohne Zustimmung der Gegenpartei treffen können.

Art. 21

Die Petroleum GmbH hat das Recht, auf eigene Kosten die Abrechnungen, die ihr Deutsch-Amerika erteilt, durch die Deutsche Treuhandgesellschaft auf ihre Richtigkeit prüfen zu lassen (to verify the accounts). Deutsch-Amerika verpflichtet sich, der Treuhandgesellschaft die für diesen Zweck notwendige Auskunft zu geben und ihr, soweit hiezu erforderlich, die Einsicht der Bücher und Papiere zu gestatten.

Art. 26

Zur Beilegung von Streitigkeiten aus Anlaß dieses Vertrages verpflichten sich die Parteien, sich dem Entscheide eines Schiedsgerichtes zu unterziehen.

Curriculum vitae

Geboren wurde ich als Bürger von Zürich und Aeugst am Albis am 21. September 1925 in Zürich. Dort besuchte ich während sechs Jahren die Primarschule und anschließend die Literarabteilung des Freien Gymnasiums Zürich. Nach bestandener Maturitätsprüfung begann ich im Herbst 1945 das juristische Studium an der Universität Zürich, wo ich während elf Semestern an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät immatrikuliert war. Das mündliche Examen bestand ich am 28. November 1953.